نقابة المحامين
لجنة المكتبة والفكر القانونى

الوسيط
فى شرح القانون المدنى

الجزء الثامن
حق الملكية
مع شرح مفصل للأشياء والأموال

تأليف
عبد الرزاق أحمد السنهورى

الطبعة الثانية
قام بتنقيحها وإضافة ما جد من قضاء وفقه وتشريع
المستشار
مصطفى محمد الفقى














لجنة المكتبة والفكر القانوني
نقابة المحامين
مكتبة المحامي

الوسيط

في شرح القانون المدني

الجزء الثامن

حق الملكية

مع شرح مفصل للأشياء والأموال

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومية من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

الطبعة الثانية

قام بتنقيحها وإضافة ما جد من تشريع وقضاء وفقه
المستشار

مصطفى محمد الفقي

رئيس محكمة استئناف القاهرة
ونائب رئيس محكمة النقض سابقاً

١٩٩١
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة

بيـــــان

افردنا هذا الجزء الثامن من الوسيط للكلام فى حق الملكية فى ذاته ، دون أسباب كسبه ، أما أسباب كسب الملكية ، وكذلك الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) ، فمكانها الجزء التاسع ٠

وقد جعلنا هذا الجزء الثامن قسمين : بحثنا فى القســـم الأول منهما الأشياء المادية ، ثم الأشياء غير المادية أى ما يسمى عادة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية ٠ وبحثنا فى القسم الثانى حق الملكية فى ذاته٠

بســـم اللـــه الرحمن الرحيم

تقديم الطبعـة الثانيـة

لا يخفى على رجال القانون فى مصر وسائر الدول العربية أهمية كتاب « الوسيط فى شرح التقنين المدنى الجديد » للاستاذ الجليـــل الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، فهو مرجع قانـونى شـــامخ لا يستغنى عنه القاضى أو الفقيه أو المحامى ، ويحتل مكانه مرموقـة بين سائر المؤلفات القانونية ومكانة رفيعة فى المكتبة القانونية .

وما أن نفذت الأجزاء العشرة التى صدر فيها الوسيط ، حتى تعالت أصوات رجال القانون فى شتى انحاء الأمة العربية مطالبين بأعادة طبع هذا المرجع الخالد . فشرفنى أستاذى الفاضل وأبى الروحى المرحوم الدكتور السنهورى بأن اسند لى مهمه تنقيح واصدار اجزاء الوسيط مدعما بأحدث ما صدر من أحكام القضاء وما نشر من ابحاث الفقهاء وما جد من تعديلات فى التشريع للحفاظ على شباب الوسيط والابقاء على مكانته الرفيعة المرموقة فى المكتبة القانونية .

وقد وفقنى الله سبحانه وتعالى الى تنقيح وأصدار الاجـــزاء السبعة الأولى من كتاب الوسيط فيما عدا المجلد الثانى من الجزء السادس الخاص بايجار الأماكن ، فقد رؤى ارجاء اصداره لحين انتهاء الدولة من أعداد واصدار مشروع قانون ايجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر الجارى اعداده ومناقشته .

واتقدم اليوم الى رجال القانون فى جمهورية مصر العربية وسائر الدولة العربية بالطبعة الثانية من الجزء الثامن من كتاب الوسيط الذى يعالج أحكام الملكية وشرح مفصل للاشياء والأموال .

واتمشم أن أكون قد أديت الأمانة التى حملنى بها استاذى الجليل الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى وأوفيت بالعهـــد الذى قطعته على نفسى بالابقاء على شباب ومكانة كتاب الوسيط ، والله ولى التوفيق .

مصطفى محمد الفقى

القسم الأول

الأشياء المـــادية
والأشياء غير المـــادية

تمهيـــــــد (*)

١ — الأشياء وتقسيمها الى مادية وغير مادية — الشيء والمال — نص قانوني :

نمهد للكلام فى حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه ببحث

(*) مراجع عامة فى القسمين معا (الأشياء وحق الملكية) :

بودرى وشوفو الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥ — اوبرى ورو وبارتان جزء ٢ الطبعة السادسة ١٩٢٥ وجزء ٣ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨ — بيدان وفواران جزء ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ — بلانيول وريبير وبيكار جزء ٣ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ — دى باج وديكرز جزء ٥ سنة ١٩٥٢ وجزء ٦ سنة ١٩٥٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه جزء أول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٨ — كولان وكابيتان ودى لاموراندبير جزء أول الطبعة الحـــادية عشرة سنة ١٩٤٧ — جوسران جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٨ — هنرى وليون وجان مازو دروس فى القانون المدنى جزء ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٢ — مـــارتى ورينو ٢ مجلد ٢ سنة ١٩٦٥ — كاربونييه جزء ٢ سنة ١٩٥٩ — انسيكلوبيدى داللوز جزء ١ سنة ١٩٥١ لفظ (Biens) وجزء ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ (Propriété) وجزء ٥ سنة ١٩٥٥ (لفظ (Succession) .

محمد كامل مرسى جزء أول فى الأموال والحقوق وحق الملكية بوجه عام الطبعة الثانية سنة ١٩٥١ وجزء ٢ فى الحقوق المتفرعة عن حق الملكية سنة ١٩٤٩ — محمد على عرفة فى حق الملكية جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٤ — شفيق شحاتة فى النظرية العامة للحق العينى سنة ١٩٥١ — عبد الفتاح عبد الباقى فى دروس فى الأموال سنة ١٩٥٦ — عبد المنعم البدراوى فى الحقوق العينية الأصلية جزء أول الطبعة الثانية سنة ١٩٦١ — عبدالمنعم فرج الصدة الأصلية (حق الملكية) الطبعة الثانية سنة ١٩٦٥ — اسماعيل غانم فى الحقوق العينية الأصلية جزء أول الطبعة الثانية سنة ١٩٦١ — عبد المنعم رج الصدة فى حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ — منصور مصطفى منصور فى حق الملكية سنة ١٩٦٥ .

وعند الاشارة الى هذه المراجع يرجع الى الطبعة المبينة أمام كل مرجع منهـــا .

هـــذا وقد صدرت مؤلفات عدة تبحث فى الملكية فى القـــانون المـــدنى العراقى ، نذكر هنا ما وقع منها تحت يدنا ليرجع اليها من يشاء البحث فى هذا القانون : حامد مصطفى فى الملكية وأسبابها بغداد سنة ١٩٥٣ والملكية العقارية فى العـــراق (معهد الدراسات العربية العالية سنة ١٩٦٤) — حسن على الزنون فى الحقوق العينية الاصلية بغداد سنة ١٩٥٤ — شاكر ناصر حيدر فى الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٩ — صلاح الدين الناهى فى الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٦١ .

=

فى الأشياء ، اذ الشيء هو أكثر التصاقا وأشد ارتباطا بالحق العينى منه بالحق الشخصى . فالحق العينى سلطة قانونية مباشرة على الشيء محل الحق ، ومن ثم يتصل صاحب الحق بالشيء اتصالا مباشرا دون وسيط . أما الحق الشخصى فعلاقة تقوم بين دائن ومدين ، قد يكون محلهـا شيئا ولكن الدائن لا يتصل بالشيء اتصالا مباشرا وانما يتصل به بوساطة المدين . وهذا يجعل الحق العينى — بخلاف الحق الشخصى — يتركز فى الشيء وينصب عليه انصبابا مباشرا ، ويستدعى أن نمهد كما قدمنا للكلام فى الحق العينى بالكلام فى الشيء .

والشيء ، فى نظر القانون ، هو ما يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية . فشرط الشيء اذن أن يكون غير خارج عن التعامل ، أى قابلا للتعامل فيه . وتنص المادة ٨١ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى :

« ١ — كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية » .

« ٢ — والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية » (١) .

= وانظر ايضا : عبد المنعم فرج الصدة فى الملكية فى قوانين البلاد العربية (معهد الدراسات العربية العالية سنة ١٩٦١ — ١٩٦٤) — حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقـارن (مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا فروقـا لفظية طفيفة . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٨٣ فى المشروع النهائى ، بعد ادخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٣ . ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ بعد ادخال بعض تعديلات لفظية ، وصار رقمه ٨١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما اقرته لجنتـه تحت رقم ٨١ ، بعد أن جرت مناقشة طويلة فى اقتراح تقدم به أحد أعضاء مجلس الشيوخ يرمى الى اضافة فقرة للنص تقضى بجعل الكنائس والمعابد بمجرد بنائهـا والصـلاة فيها مملوكة للهيئة الدينية العليـا ، وقد رفض مجلس الشيوخ هذا الاقتراح (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٥٩ =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه يتفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨٣ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨١ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٦١ ، ولا مقابل للنص فى قانون الملكية العقارية اللبنانى ، وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٢٢ ، وفى التقنين المدنى الأردنى المواد ٥٣ و ٥٤ و ٥٥ (١) .

ويمكن اعتبار قابلية الشيء للتعامل فيه شرطا فى الشيء كما اعتبرناها هنا ، وهذا ما يبدو أن التقنين المدنى الجديد قد ذهب اليه اذ

= ص ٤٦٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه يتفق مع القواعد العامة .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى : م ٨٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى : م ٨١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : م ٦١ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

التقنين المدنى الكويتى : م ٢٢ : الاشياء المتقومة تصلح محلا للحقوق المالية .

(وقد اخذ التقنين الكويتى هذا النص من الفقه الاسلامى الذى يحظر التعامل فى المال غير المتقوم كالخمر ولحم الخنزير ، ولكن جاء قاصرا عن مواجهة الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها او بحكم القانون الوضعى كالمخدرات والاموال العامة) .

التقنين المدنى الأردنى م ٥٣ : المال هو عين او حق له قيمة مادية فى التعامل .

م ٥٤ : كل شيء يمكن حيازته ماديا او معنويا والانتفاع به انتفاعا مشروعا ولا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية .

م ٥٥ : الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها . والاشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون هى التى لا يجيز القانون ان تكون محلا للحقوق المالية .

(واحكام التقنين الأردنى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٨١ مدنى سالفة الذكر : « وضع المشروع بهذه المادة أساس التفرقة بين الأشياء والأموال ، فبين أن الشيء غير المال ، وأنه (أى الشيء) لا يعدو أن يكون محلا للحقوق المالية ، بشرط الا يكون خارجا عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون » (١) . كما يمكن اعتبار قابلية الشيء للتعامل فيه أساسا لتقسيم الأشياء الى أشياء قابلة للتعامل فيها وأشياء غير قابلة للتعامل فيها ، فتكون الأشياء غير القابلة للتعامل فيها أشياء فى نظر القانون كسائر الأشياء ولكن لا يجوز أن يترتب عليها حقوق مالية .

وسواء أخذنا بالاعتبار الأول أو بالاعتبار الثانى ، فالمهم فى كل من الاعتبارين أن نحدد الأشياء غير القابلة للتعامل فيها ، وهذه قسمان : (القسم الأول) أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها ، وهى كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « التى يمكن أن ينتفع بها كل الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر ، كالهواء والماء الجارى وأشعة الشمس الخ . ولذلك عرفها المشروع بأنها الأشياء التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها » (٢) . (والقسم الثانى)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٠ — وانظر فى هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٢١ ص ٣٩ — ص ٤٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٠ — وفى الاعتبار الثانى الذى يعترف بصفة « الشيء » للأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها ، لا يتدخل القانون — والقانون هنا هو القانون الادارى لا القانون المدنى — الا لتنظيم استعمال الناس لهذه الأشياء بحيث لا يضر بعضهم بعضا ، ولا يرتب القانون حقوقا للأفراد على هذه الأشياء لأنها غير قابلة لترتب حقوقا عليها اذ هى خارجة عن التعامل (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٢) .

واذا انقضى حق المؤلف فى استغلال مصنفه بمضى خمسين سنة على وفاته ، وقع حق استغلال المؤلف فى ايدى الناس كافة ، وكان لكل فرد الحق فى نشر المؤلف واستغلاله . ولكن حق الاستغلال على هذا الوجه لا يدخل ضمن الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها ، اذ ان الشيء هنا لا تستعصى طبيعته على الاستغلال ، بل هو اقرب الى ان يكون شيئا مباحا يترتب عليه حق لاي فرد يتولى استغلاله .

أشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون ، وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى شأنها : « والأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون هى التى ينص القانون على عدم جواز التعامل فيها بوجه عام ، كالحشيش والافيون والأشياء التى تدخل ضمن الأموال العامة • ولايغير من هذا الوصف اجازة نوع معين من التعامل فى هذه الأشياء ، كبيع الحشيش والأفيون لأغراض طبية ، واعطاء رخص لاستعمال بعض الأموال العامة الخ » (١) •

والحقوق المالية التى يكون الشىء محلا لها كثيرة التنوع • فمنها الحقوق العينية الأصلية ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق • ومنها الحقوق العينية التبعية ، كحق الرهن وحق الامتياز • ومنها

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٠ — وقد كتبنا فى الجزء الأول من الوسيط ، فى صدد الشىء غير القابل للتعامل فيه ، ما يأتى : « يكون الشىء غير قابل للتعامل فيه . . اذا كانت طبيعته او الغرض الذى خصص له يأبى ذلك ، او اذا كان التعامل فيه غير مشروع . فالشىء لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته اذا كان لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد ؛ كالشمس والهواء والبحر ، ويرجع عدم القابلية للتعامل الى استحالته (اما اذا كان الشىء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له فهو مال مباح ، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر ، ويملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه) . وقد يصبح التعامل ممكنا فى هذه الأشياء من بعض النواحى ، فبشعة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافى ، والهواء يستعمله الكيمائى فى اغراضه ، والبحر يؤخذ من مائة ما يصلح ان يكون محلا للامتلاك . فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحى الخاصة ... وقد يكون الشىء غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع اما الى نص فى القانون ، او الى مخالفة هذا التعامل للنظام العام او للآداب . على أن نص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشىء يكون مبنيا على اعتبارات ترجع هى ذاتها الى النظام العام أو الى الآداب أو اليهما معا ، ووجود النص دليل على عناية المشروع بالأمر فآثر ان يورد له نصا . او هو ايضاح فى مقام قد يكون عدم النص فيه مؤديا للغموض ، كالنص الذى يحرم التعامل فى التركة المستقبلة . أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده ، كما حدد الربا الفاحش . أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلاد الخاصة بتحريمه ، كما حظر المشرع المصرى الاتجار فى الحشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء » (الوسيط الجزء الأول ، الطبعة الثالثة المنقحة فقرة ٢٢٧) .

وفى الفقه الأسلامى تدعى الأشياء التى يحرم التعامل فيها ، كالخمر ولحم الخنزير ، بالمال غير المتقوم .

الحقوق الشخصية ، كحق المشترى فى تسلم المبيع وفى انتقال ملكيته اليه وحق المستأجر فى تسليم العين المؤجرة وفى تمكينه من الانتفاع بها وحق المؤجر فى استردادها وحق المقرض فى استرداد مبلغ القرض • ومنها الحقوق التى تقع على شىء غير مادى ، كحقوق المؤلف فيما يسمى بالملكية الأدبية والفنية والحقوق التى تسمى بالملكية الصناعية وبالملكية التجارية •

وظاهر مما تقدم أن الأشياء تنقسم انقساما مبدئيا الى أشياء مادية وأشياء غير مادية • والأصل فى الأشياء أن تكون مادية ، أى أن يكون لها حيز مادى محسوس ، كالأرض والمباني والمركبات والمواشى والمحصولات والمأكولات والمشروبات • ولم يكن القانون يعرف غير الأشياء المادية ، ولكن تقدم الفكر البشرى مع اختراع الطباعة وازدهارها والتجارة والصناعة أخذ ينشىء بالتدريج أشياء غير مادية ، أى أشياء غير ذات حيز محسوس ، هى نتاج العقل البشرى من تأليف أدبى وفنى ومن مخترعات ومبتكرات فى الصناعة والتجارة • والى الأشياء غير المادية هذه تشير المادة ٨٦ مدنى عندما تقول : « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » • وسنتناول الأشياء المادية والحقوق التى ترد عليها فى الباب الأول من هذا القسم ، وفى الباب الثانى نبحث الأشياء غير المادية وما يرد عليه من حقوق •

وتمييزنا بين الشىء من جهة وبين ما يرد عليه من حقوق من جهة أخرى هو عين التمييز بين الشىء والمال • فالشىء غير المال : المال هو الحق المالى الذى يرد على الشىء ، والشىء هو محل هذا الحق (١) •

---

(١) وفى هذا المعنى تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى: «روعى فى هذا الفصل التمييز بين الأشياء والأموال. فالمال فى عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق ، سواء أكان عينيا أم شخصيا أم حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية الخ . أما الشىء ، سواء أكان ماديا أم غير مادى ، فهو محل ذلك الحق . وقد أريد بذلك تحاشى ما وقع فيه التقنين الحالى (السابق) ومعظم التقنينات الأجنبية من خلط بين الشىء والمال ، مما جعل تلك التقنينات تعرف المال فى بعض نصوصها بأنه شىء .. وفى بعض النصوص الأخرى أنه حق . فأدى ذلك الى اطلاق التقسيمات الخاصة =

الباب الأول

الأشياء المادية والحقوق التى ترد عليها

٢ — تقسيمات الأشياء المادية وما يرد على هذه الأشياء من حقوق :

قدمنا أن الأشياء المادية هى ما كان لها حيز مادى محسوس ، وهى كثيرة متنوعة ، بل هى الأصل الذى كان القانون لا يعرف غيره كما سبق القول . ولا يمكن حصرها الا عن طريق تقسيماتها ، وهذا ما نخصص له الفصل الأول من هذا الباب . وفى الفصل الثانى نتناول الحقوق التى ترد على الأشياء المادية ، وهذه الحقوق هى الأموال ، فنقابل بذلك بين الشىء والمال .

ويلاحظ أن الحقوق التى ترد على الأشياء غير المادية لها هى أيضا جانب مالى ، فيدخل هذا الجانب ضمن الأموال . ولكننا نفرد هذه ببحث مستقل كما قدمنا ، لما لها من خصائص تميزها عن الحقوق المالية التى ترد على الأشياء المادية .

الفصل الأول

تقسيمات الأشياء المادية

٣ — تقسيمات مختلفة :

للأشياء المادية تقسيمات مختلفة . فالشىء اما أن يكون قابلا للاستهلاك أو غير قابل له ، واما أن يكون مثليا أو قيميا ، واما أن يكون عاما أو خاصا . ولكن هناك تقسيما للأشياء المادية يعتبر أهم

= بالأشياء على الأموال ايضا ، فى حين ان بعض هذه التقسيمات لا يصدق الا على الأشياء كتقسيم الأشياء الى مثلية وقيمية والى قابلة وغير قابلة للاستهلاك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٥٧) .

تقسيماتها جميعا ، وهو تقسيم الشىء الى عقار ومنقول (١) • فنفرد لهذا التقسيم الفرع الأول لأهميته ، وفى الفرع الثانى نتناول التقسيمات الأخرى التى سبقت الاشارة اليها •

الفرع الأول

تقسيم الأشياء المادية الى عقار ومنقول

٤ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — كل شىء مستقر بحيزه ، ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شىء فهو منقول » •

« ٢ — ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد تقسيمات الأشياء المادية وغير المادية ، ما يأتى : « وقد بدأ المشروع بتعريف الشىء الذى يصلح محلا للحقوق المالية فى المادة ١١١ (م ٨١ مدنى) • وقسم الأشياء الى عقار ومنقول فى المادة ١١٢ (م ١٨٢ مدنى) ، ثم بين كيف تتعدى صفة العقار والمنقول الى المال ذاته، اى الحق المترتب على الشىء ، فى المادتين ١١٣ و ١١٤ (م ٨٢/٢ و ٨٢ مدنى) • ثم نظر الى تقسيم الأشياء الى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له ، والى مثلية وقيمية ، مكتفيا بتعريف الشىء القابل للاستهلاك فى المادة ١١٥ (م ٨٤ مدنى) والشىء المثلى فى المادة ١١٦ (م ٨٥ مدنى) • ثم انتقل الى بيان أنواع الأموال ، فعرف الأموال المعنوية فى المادة ١١٧ (م ٨٦ مدنى) والأموال العامة فى المادتين ١١٩ و ١٢٠ (م ٨٧ — ٨٨ مدنى) — وقد أهمل المشرع فى هذا الفصل بعض مواد التقنين الحالى (السابق) كالمادة ٢٠/٦ — ٢١ التى اشارت الى تقسيم الأموال الى ملك وخراجية لانعدام الفائدة منها ، والمادة ١٩/٥ التى بينت الحقوق العينية المختلفة اكتفاء بتخصيص القسم الثانى من المشروع لتفصيل أحكام هذه الحقوق ، الأصلية منها فى الكتاب الأول .. والتبعية فى الكتاب الثانى .. والمادة ٢٣/٨ — ٢٤ التى تعرف المال المباح وتنظم الاستيلاء عليه لتناول هذا الموضوع فى مكانه الطبيعى بين أسباب كسب الملكية .. وقد راعى المشرع فيما استبقاه من مواد التقنين الحالى (السابق) اصلاح عباراتها لتلافى ما وجه اليها من نقد ، مع توخى الدقة فى التعريف والقصد فى التعبير (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٥٧ — ص ٤٥٨) •

فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » (١)

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٢ — ١٦/٤ — ١٨ (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٢ وفى الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « م ١١٢ — ١ — يكون عقارا كل شىء له مستقر ثابت ، بحيث لا يمكن نقله دون تلف . ٢ — وكل ما عدا ذلك من شىء فهو منقول . م ٢/١١٤ : ومع ذلك يعتبر مالا عقاريا حق الملكية الواقع على المنقول الذى يضعه المالك فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار واستغلاله » . وفى لجنة المراجعة ادمجت فقرتا المادة ١١٢ فى فقرة واحدة ونقلت الفقرة الثانية من المادة ١١٤ لتكون فقرة ثانية فى المادة ١١٢ ، وعدل النص فصار مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا كلمة « بالتخصيص » الواردة فى الفقرة الثانية فقد اضافتها لجنة مجلس الشيوخ ، واصبح رقم المادة ٨٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٨٤ . فى لجنة مجلس الشيوخ تقدم اقتراح من بعض مستشارى محكمة النقض يرمى الى اضافة العبارة الآتية الى آخر الفقرة الثانية : « على انه لا يسوغ الحجز عليه منفردا عن العقار المخصص له » ، تمشيا مع المادة ٤ من التقنين المدنى السابق . ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح « لأن التسليم بفكرة العقار بالتخصيص لا يستقيم مع قصر نطاق آثار هذه الفكرة على طائفة من النتائج دون طائفة اخرى ، ونتائج التخصيص قد تظهر فى البيع والقسمة والرهن ، ولذلك آثرت اللجنة ان تبقى النص على حاله حتى يكون نطاق هذه النتائج اشمل من نطاقها الحالى » . ومن ثم وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص دون الإضافة المقترحة ، واصبح رقمه ٨٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما اقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٥ — ص ٤٦٩) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ١٦/٢ : الأموال الثابتة هى الحائزة لصفة الاستقرار ، سواء كان ذلك من اصل خلقتها او بصنع صانع ، بحيث لا يمكن نقلها بدون ان يعتريها خلل او تلف ، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال .

م ١٧/٣ : ماعدا ذلك من الأموال يعد منقولا . والتعبير فى القانون بلفظ امتعة واشياء منقولة واموال منقولة يشمل بلا فرق جميع المنقولات .

م ١٨/٤ : الا ان آلات الزراعة والماشية اللازمة لها ، متى كانت ملكا لصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتها اذا كانت ملكا لمالك تلك المعامل ، تعتبر اموالا ثابتة ، بمعنى انه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به .

وفى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بيان واف لما ادخله التقنين المدنى الجديد من تعديلات على نصوص التقنين المدنى السابق ، اذ تقول : =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨٤ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٢ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٦٢ — ٦٣ ، وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى المواد ١ — ٣ ، وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٢٤ و ٢٥ و ٢٧ ، وفى التقنين المدنى الأردنى المادتين ٥٨ و ٥٩ (١) .

= « قسمت المادة . . الأشياء التى يصح أن تكون محلا لحقوق مالية الى أشياء ثابتة (او عقارات) واشياء منقولة . . ولم تتعرض لتقسيم الأموال من هذه الناحية ، فحذفت العبارة الأخيرة من المادة ١٦/٢ من التقنين الحالى (السابق) التى نصت على الحقوق العينية المتعلقة بالأموال العقارية ، اذ أن هذه الحقوق تعتبر أموالا لا أشياء ، وقد نص عليها المشروع فى المادة التالية . وعرف النص العقار بأنه كل شىء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله دون تلف ، وينطبق ذلك على كل شىء حائز لصفة الاستقرار سواء أكان ذلك من أصل خلقته أم بصنع صانع . ولما كان الحكم واحدا فى كلتا الحالتين ، فقد رؤى حذف هذه العبارة . . . وقد استثنى المشروع حقوق الملكية الواقعة على المنقولات التى يضعها المالك فى عقار يملكه رصدا على خدمة العقار أو استغلاله ، فاعتبرها أموالا عقارية ، وهى المعروفة فى الفقه بأنها العقارات بالتخصيص . وقد توسع المشروع فيها فلم يقصرها ، كما فعل التقنين الحالى (السابق) ، على الآلات اللازمة أى الضرورية للزراعة والمصانع (م ١٨/٤) ، بل نص عليها فى صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكه فى عقار مملوك له ، ويخصصه اما لخدمة العقار كالتماثيل التى توضع على قواعد مثبتة ، واما لاستغلاله كالآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية الخ . ولا يشترط أن يكون المنقول لازما أى ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله بل يكفى تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك . . . ولم ير المشروع أن يجعل أثر الحاق صفة العقار بالتخصيص قاصرا على عدم جواز الحجز على المنقول الذى تلحق به هذه الصفة ، حتى يكون الحكم أكثر مرونة وأوسع نطاقا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٤ (مطابق) — وانظر أيضا م ٨٦ .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٢ : ١ — العقار كل شىء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف ، فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية . ٢ — والمنقول كل شىء يمكن نقله وتحويله دون تلف ، فيشمل النقود والعروض =

٥ — فيصل التفرقة بين العقار والمنقول :

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن فيصل التفرقة بين العقار والمنقول يرجع الى طبيعة الأشياء • فالعقار هو الشيء الثابت المستقر بحيزه ، بحيث لا يمكن نقله من مكان الى مكان آخر الا اذا هدم أو اقتلع ، ومن ومن ثم لا يمكن نقله دون تلف • والأرض هي خير مثل للعقار لأنها ثابتة

= والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة .

م ٦٣ : يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه مالكه في عقار مملوك له ، رصدا على خدمة هذا العقار واستغلاله . (وأحكام التقنين العراقي تطابق أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١ : العقارات على ثلاث فئات . العقارات بطبيعتها ، والعقارات بتخصيصها ، والعقارات غير المادية .

م ٢ : العقارات بطبيعتها هي الأشياء المادية التي يكون لها ، بالنظر الى جوهرها ، موقع ثابت غير متنقل ، كالأراضي والمناجم والنباتات المتأصلة في الأرض (مادامت لاصقة بها) والأبنية — ولا يقصد بلفظ « ابنية » المباني فقط (كبيوت السكن) والمخازن والمصانع والمنابر والأهراء الخ .. بل المنشآت الفنية ايضا على أنواعها كالجسور والآبار والأفران والسدود ، والخزانات ، والأنفاق الخ ... وبصورة أعم كل ما جمع مواد البناء ، فشد بعضه الى بعض بصورة ثابتة ، سواء كان ذلك على ظاهر الأرض او في باطنها — وجميع الأجهزة والقطع الخ .. اللاصقة بالبناء والمعدة لاتمامه ، كالشرفات والبلكونات والمزاريب وحراب الصواعق وقساطل جر المياه ، تعتبر عقارات بطبيعتها .

م ٣ : العقارات بتخصيصها هي اشياء تعتبر بذاتها منقولات ، انما هي من متممات عقار بطبيعته ، بشرط : ١ — ان تكون والعقار بطبيعته لمالك واحد . ٢ — أن تكون مخصصة لاستثمار العقار أو بوجه اعم لخدمة العقار التي تكون هذه الأشياء من متمماته .

(انظر ايضا المواد ٥ — ٩ في العقارات الملك والعقارات الأميرية والعقارات المتروكة المرفقة والعقارات المتروكة المحمية والعقارات الخالية المباحة) .

(وأحكام القانون اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام القانون المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٢٤ : ١ — كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير في هيئته فهو عقار . ٢ — ومع ذلك يعتبر الشيء منقولا اذا كان انفصاله عن أصله وشيك الحصول ، ونظر اليه استقلالا على هذا الاعتبار .

=

مستقرة بحيزها . واذا جاز نقل أجزاء منها فانما يكون ذلـــك بتفتيت سطحها وانتزاع بعض الأتربة أو الصخور . وكذلك البناء عقار لأنه ثابت مستقر بحيزه ، ولا يمكن نقله من مكان الى مكان آخر الا بهدمه أو بهدم أجزاء منه . والأشجار والغراس عقار ، ولا يمكن نقلها الا باقتلاعها من الأرض التى هى مغروسة فيها (١) .

ولم يعرف التقنين المدنى المنقول تعريفا مباشرا كما فعل فى تعريف العقار ، بل اقتصر على أن يقول : « كل ما عدا ذلك (أى ماعدا العقار) من شىء فهو منقول » (٢) . فالمنقول اذن ، بمفهوم المخالفة ، هو كل شىء يمكن نقله من مكان الى آخر دون تلف ، لأنه شىء غير مستقر بحيزه وغير

= م ٢٥ : يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصيدا على خدمته واستغلاله .

(واحكام التقنين الكويتى تتفق مع احكام التقنين المصرى)

التقنين المدنى الاردنى م ٥٨ : كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار ، وكل ما عــدا ذلـــك من شىء فهـــو منقـــول .

م ٥٩ : يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه مالكه فى عقار له رصدا على خدمته واستغلاله ويكون ثابتا فى الارض .

(وأحكام التقنين الأردنى تطابق احكام التقنين المصرى) .

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصـــــدد : « ولا يعتبر الشىء ذا مستقر ثابت الا اذا كان لا يمكن نقله دون تلف . فالاكشاك التى يمكن حلها واقامتها فى مكان آخر لا تعتبر اشياء ثابتة ، أما المبانى التى لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر ثابتة حتى لو كانت معدة لتبقى مدة قصيرة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد اكتفى المشروع ، كالتقنين الحالى (السابق) ، بتعريف الشىء الثابت ، واعتبار كل ما عداه منقولا . وقد كان فى وسعه ان يعرف كلا من العقـــــار والمنقول تعريفا مباشرا . . . ولكنه خشى ان يقصر كلا التعريفين عن شمول جميع الأشياء . . . وكان فى الوسع ان يعرف المشروع المنقول تعريفا مباشرا وان يترك تعريف العقار ويستنبط من طريق غير مباشر . . . ولكنه آثر خطة التقنين الحالى (السابق) نظرا لما للعقارات من اعتبار خاص لا تزال آثاره باقية فى جملة التشريع المصرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٧) .

ثابت فيه. وتعرف المادة٦٢ مدنى عراقى(١) المنقول بأنه «كل شيءيمكن نقله وتحويله دون تلف ، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقوله» . ففيصل التفرقة اذن بين العقار والمنقول يرجع كما قلنا الى طبيعة الشيء ذاته . فان كان بطبيعته لا يقبل النقل دون تلف فهو عقار . وان كان بطبيعته يقبل النقل دون تلف فهو منقول .

على أن هذا الفيصل الواضح المستمد من طبيعته الأشياء سنراه غير واضح عندما يمتد التقسيم من الأشياء الى الأموال فيما سيجيء ، فالأموال هى الحقوق كما قدمنا . والحق بطبيعته شيء معنوى لا شيء مادى ، وليس يتصور أن يكون الحق وهو الشيء المعنوى قابلا للتحرك دون تلف أو غير قابل لذلك ، ومع هذا سيأتى أن الأموال — أى الحقوق — تنقسم هى أيضا بدورها الى عقار ومنقول . وهنا نلجأ الى فيصل آخر للتفرقة لا نستمده من طبيعة الأشياء بطريق مباشر . بل نستمده من طبيعه الشيء الذى يكون محلا للحق . واذا كان فيصل التفرقة لا يزال حتى هنا مستمدا من طبيعة الأشياء ولو بطريق غير مباشر ، فانه ينفصل تماما عن طبيعة الأشياء ، بل يناقضها ، فى حالتين استثنائيتين : فى حالة منهما يعتبر المنقول بطبيعته عقارا بالتخصيص (٢) ، وفى الأخرى على العكس من ذلك يعتبر العقار بطبيعته منقولا بحسب المآل . وسأتى بيان ذلك تفصيلا فيما يلى .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤ فى الهامش .

(٢) ويبدو ان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى لم يكن يعتبر العقار بالتخصيص من تقسيمات الأشياء ، بل من تقسيمات الأموال . فان الفقرة الثانية من المادة ١١٤ من هذا المشروع كانت تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يعتبر مالا عقاريا حق الملكية الواقع على المنقول الذى يضعه المالك فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار او استغلاله » (انظر آنفا فقرة ٤ فى الهامش) ، فعدل هذا النص فى لجنة المراجعة على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى ، وبعد ان كان العقار بالتخصيص مقصودا على الأموال امتد فاصبح يشمل الأشياء .

ولم يكن فيصل التفرقة المستمد من طبيعة الأشـياء بين العقار والمنقول مراعى بدقة فى القديم • فقد كان القانون الفرنسى القـديم لا يعتبر عقارا الا العقـارات ذات القيمة التى تتميز بأنها تغل دخلا كبيرا ولها من الاستقرار والدوام ما يجعلها ذات شأن ، ويتحقق ذلك بوجه خـاص فى الأرض وفى المبانى القـائمة فى المدن الكبيرة • أما العقارات الاخرى الأقل أهميه ـ كبعض المبانى الريفية والأشجار التى لا تحمل ثمرا ـ فكانت تعتبر منقولا ويسرى عليها حكم المنقـولات ـ وبخاصه فى الميراث ـ فلم يكن اذن كل شىء مستقر يحيزه ثابت فيـه يعتبر عقارا ، بل كانت هناك أشياء ثابتة لا يمكن نقلهـا دون تلف ومع ذلك كانت تعتبر منقولا لتفاهة قيمتها ، اذ كان المنقول فى تلك الأزمان عنوانا لتفـاهة القيمـة (١) • كذلك ، مع الزمن ـ وجدت منقـولات بطبيعتها ذات قيمـة كبيرة ـ كبعض الوظائف (offices) والايرادات المرتبة (rentes constituées) فاعتبرت عقارا تحوطها ضمانات العقار لعلو قيمتها •

٦ — ما يترتب من النتائج على تقسيم الأشياء الى عقار ومنقول :

وقبل أن ننتقل الى الكلام تفصـيلا فى كل من العقار والمنقول ـ نذكر أن هناك نتائج تترتب على تحديد ما اذا كان الشىء — أو المال أى الحق المترتب على الشىء — يعتبر عقـارا أو منقولا • وهذه النتـائج كثيرة نكتفى بذكر أهمها ، ونرجعها الى أمرين أساسيين :

(الأمر الأول) يرجع الى طبيعة الأشياء • ذلك أن العقـار له مقر ثابت كما قدمنا ، والمنقول ليس له مقر ثابت بل ينتقل من مكان الى آخر • وينبنى على هذا الفرق الطبيعى نتـائج متعددة ، نذكر منهـا ما يأتى :

---

(١) بلانيول وريبير وبيكـار فقرة ٦٤ ص ٦٨ — ص ٦٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦١٨ •

١ — يمكن تنظيم اجراءات التسجيل والقيد بالنسبة الى العقار لأن له مقرا ثابتا ، ولا يمكن ذلك بالنسبة الى المنقول فليس له مقر ثابت . ومن ثم تسرى قواعد التسجيل والقيد على العقار ، أما المنقول فتسرى عليه قواعد الحيازة لأنه لا يحتويه مكان ثابت ولا ينضبط التعامل فى شأنه الا بالحيازة . على أن هناك منقولات بلغت من الضخامة والأهمية ما يمكن معه تحديد مكان ثابت لها حتى اذا انتقلت ، كالسفن والمراكب النهرية والطائرات والسيارات والمتاجر . فهذه تخضع لنوع من الشهر يضاهى التسجيل والقيد فى العقارات ، اذ أن لها من ميزة التعيين الذاتى ما للعقار .

٢ — دعاوى الحيازة تحمى العقار دون المنقول . وذلك بفضل ما للعقار من مقر ثابت .

٣ — هناك حقوق لا يمكن أن تقع الا على عقار بفضل مقره الثابت . من ذلك حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الارتفاق وحق السكنى وحق الحكر .

٤ — الشفعة بسبب الجوار تفترض أن كلا من المشفوع فيه والمشفوع به ملاصق للآخر ، وهذا لا يكون الا فى العقار بفضل مقره الثابت .

٥ — الوقف — ولا يوجد الآن منه الا الوقف الخيرى — مؤبد فيقتضى أن يكون للشىء الموقوف استقرار وثبات . ومن ثم يجوز وقف العقار اطلاقا ، ولا يجوز وقف المنقول الا اذا تعورف وقفه كالكتب .

٦ — فى القانون التجارى ، لا تعتبر بوجه عام أعمالا تجارية الا الأعمال المتعلقة بالمنقولات ، أما الأعمال المتعلقة بالعقارات فانها لا تعتبر أعمالا تجارية . ويقال عادة فى تبرير ذلك ان الأعمال التجارية تقتضى سرعة تداول المال وتبسيط الاجراءات ، وهذا ما تستجيب له طبيعته المنقول اذ الحركة من خصائصه ، وما تستعصى عليه طبيعة العقار الثابت المستقر . ولكن هذا التبرير أخذ فى الوقت الحاضر يفقد

كثيرا من وزنه . وهناك ميل واضح فى الفقه التجارى الى ادخال أعمال تتعلق بالعقار ضمن الأعمال التجارية •

٧ — فى قانون المرافعات ، تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى هى المحكمة التى يوجد فى دائرتها العقار ، لأن للعقار مقرا ثابتا يتيسر معه تحديد المحكمة المختصة على هذا الوجه • أما المنقول فليس له مقر ثابت . فيتعذر أن تكون المحكمة المختصة فى شأنه المحكمة التى يوجد فى دائرتها المنقول ، ولم يبق الا أن تكون المحكمة التى يوجد فى دائرتها موطن المدعى عليه •

٨ — فى القانون الدولى الخاص ، القانون الواجب التطبيق بالنسبة الى العقار واحد لا يتغير ، اذ هو قانون موقعه (lex rei sitae) وموقع العقار ثابت فى مكان واحد • أما بالنسبة الى المنقول فان القانون الواجب التطبيق يتغير بتغير الجهة التى يوجد فيها المنقول . وقد نصت المادة ١٨ مدنى على أنه « •• يسرى بالنسبة الى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها » •

(والأمر الثانى) يرجع الى فكرة قديمة عن المنقول لم تعد صحيحة فى الوقت الحاضر . ولكنها خلفت آثارا لا تزال قائمة الى اليوم • فقد كان المنقول فى القديم يعتبر شيئا تافه القيمة بالنسبة الى العقار . فالعقار وحده هو الشىء النفيس . أما المنقول فهو الشىء الخسيس — (Res mobilis, res vilis - Vilis mobilium possessio).
وقد كان ذلك صحيحا فى وقت كانت فيه الأرض هى دعامة الثروة ، ولم تكن الصناعة أو التجارة قد بلغت تقدما محسوسا • أما اليوم ، مع وصول الصناعة والتجارة الى الذروة من التقدم فى كثير من البلاد المتقدمة اقتصاديا ، ومع نهضتها المشهودة حتى فى البلاد التى بدأت تعالج ما يحيط بها من تخلف اقتصادى ، لم يعد الأمر صحيحا • فهناك

منقولات كبيرة القيمة ، بل وتزيد فى قيمتها على العقارات ، من ذلك الأسهم والسندات والأوراق التجارية والأوراق المالية بوجه عام والمتاجر • ولم تتطور القوانين بالسرعة التى تطورت بها الحياة الاقتصادية ، وقد تخلف عما كان يحيط العقار فى الماضى من جلال والمنقول من مهانة آثار نذكر ما يأتى :

١ — الولاية على مال الصغير تضيق فى العقار عما هى فى المنقول فلا يجوز للولى مثلا أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها الى الدرجة الرابعة الا باذن المحكمة ، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه (م ٦ قانون الولاية على المال) ، أما المنقولات فيجوز له أن يتصرف فيها بما يدخل فى أعمال الادارة (م ٣٩ ثانيا قانون الولاية على المال) ، ولا يجوز للأب أن يتصرف فى عقار ابنه القاصر اذا زادت قيمته على ثلثمائة جنيه الا باذن المحكمة ، وهنا أضاف القانون الى العقار تمشيا مع التطور الاقتصادى الحديث المتجر والأوراق المالية فنصت المادة ٧ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية اذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه الا باذن المحكمة » •

٢ — دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش لا تكون الا فى بيع عقار من لم تتوافر فيه الأهلية ، أما اذا كان المبيع منقولا فلا يعتد بالغبن حتى لو كان فاحشا (م ٤٢٥ مدنى) •

٣ — اذا كان الحائز حسن النية ولديه سبب صحيح ، فانه يمتلك المنقول بمجرد الحيازة . ولا يمتلك العقار الا بحيازة تدوم خمس سنوات •

٤ — لا تجوز الشفعة الا فى العقار ، سواء كانت بسبب الجوار أو بسبب الشيوع • أما فى المنقول فلا تجوز الشفعة ، ويحل محلها استرداد الحصة المبيعة فى الشيوع •

٥ — فى تصفية التركة اذا وجب بيع أموالها لسداد ديونها ، يباع

المنقول أولا . فاذا تم يكف بيع العقار (م ٨٩٣ مدنى) • كذلك فى بيع مال المفلس يبيع السنديك المنقول دون حاجة الى اذن ، ولا يبيع العقار الا بعد اذن القاضى •

٦ — فى قانون المرافعات . الحجز على العقار تحوطه ضمانات أكثر من الضمانات التى تحوط الحجز على المنقول . والحجز العقارى أكثر تعقيدا وأطول اجراءات من حجز المنقول •

٧ — فى القانون الدولى الخاص ، من حيث حقوق الاجانب ، كثيرا ما يمنع القانون الاجانب من تملك العقارات دون المنقولات . وبخاصة كثيرا ما يمنع القانون الأجانب من تملك الاراضى الزراعية كما هو الامر فى مصر (ثم منع تملكهم عقارات البناء) •

ونتكلم الآن بالتفصيل فى العقار . ثم فى المنقول •

المبحث الأول

العقـــار

٧ — العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص :

يعرف التقنين المدنى المصرى نوعين من العقار : العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص •

والأصل هو العقـــار بطبيعته • أما العقار بالتخصـــيص فهو فى حقيقته منقول بطبيعته . ولكنه الحق بعقار معين رصدا كما قدمنا على خدمة هذا العقار أو استغلاله ، فهـــو عقار لا بمـــادته وطبيعته ولكن بالتبعية والتخصيص •

المطلب الاول

العقار بطبيعته

(Immeuble pur nature)

٨ — أنواع العقار بطبيعته :

قدمنا أن العقار بطبيعته هو الأصل فى العقار ، فهو اذن « كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه دون تلف » . وأول ما يصدق ذلك على الأرض . واذا كان العقار بطبيعته هو الأصل فى العقار فالأصل فى العقار بطبيعته هو الأرض . فهى التى لا يمكن نقلها من مكان الى مكان مع الاحتفاظ بذاتيتها . يمكن نقل أجزاء من الأرض ، بأن تقتلع بعض صخورها أو تحفر بعض أتربتها . ولكن هذه الصخور والأتربة التى انتقلت من مكان الى آخر ليست هى الأرض ذاتها ، بل هى كانت أجزاء من الأرض وقد فقدت ذاتيتها وتحولت الى منقول منذ انتزعت من الأرض ونقلت الى مكان آخر . وتبقى الأرض بعد كل ذلك وبعد ان تنتزع منها بعض أجزائها ثابتة فى مكانها لا تتحول .

فالأرض اذن هى الأصل فى كل عقار بطبيعته . ثم قد تنبت الأرض ثمرا أو نغرس فيها أشجار ، فهذا النبات الذى اندمج فى الارض وأصبح جزءا منها هو أيضا عقار بطبيعته مادام ثابتا فى الأرض ، أما اذا اقتلع منها فانه يصبح منقولا . وقد تقام منشآت فوق سطح الأرض أو فى باطنها . فهذه المنشآت تتصل بالأرض اتصال ثبات وقرار وقد اندمجت فيها ، ولا يمكن نقلها من مكانها الى مكان آخر الا اذا هدمت ، أى أنه لا يمكن نقلها دون تلف . فهى أيضا عقار بطبيعته .

فالعقار بطبيعته أنواع ثلاثة : الأرض والنبات والمنشآت .

٩ — الأرض :

أى أرض ، سواء كانت أرضا زراعية أو أرضا فضاء وسواء كانت

فى المدن أو فى الريف ، وسـواء كانت أرضـا حجرية أو جيرية أو رمليـة ، هى عقار بطبيعته ، اذ أن لهـا مكانا ثابتا لا تتحول عنه على الوجه الذى أسلفناه . وتشمل الارض (fonds) سطحها (surface) دون ما يقام فوق السطح (superficie) من مبان ومنشآت أو ينبت من زرع أو يغرس من شجر . وكذلك تشمل باطنها (tréfond) بعناصره المختلفة من صخور واحجار وأتربة ورمال وجص ومعادن وغير ذلك .

فالمناجم والمحاجر هى اذن جزء من الارض . ومن ثم تعتبر عقارا بطبيعته ، فاذا استخرجت المعادن من المناجم . كالحـديد والنحاس والفحم والذهب والنفط . أو اقتلعت الأحجار من المحاجر ، فان هـذه وتلك تصبح منقولا كما سبق القول ، وكان القضاء فى مصر يقضى ، قبل صدور القانون الخاص بالمناجم والمحاجر . بأن المناجم (mines, minières) والمحاجر (carrières) تعتبر عقارات بطبيعتها ، ويذهب الفقه تبعا لذلك الى أن لصاحب المنجم أن يبيعه أو يرهنه مستقلا عن سـطح الأرض (١) . ثم صدر فى أول أغسطس سنة ١٩٤٨ القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ وهو أول تشريع خاص بالمناجم والمحاجر . فاكد هـذه الأحكام ، اذ نصت المادة ١٤ منه على أن « تعتبر المناجم أموالا ثابتة ، وكذلك تعتبر من الأموال الثابتة الالات والابار والمغارات ووسـائل النقل والجر وغيرها المخصـصة لاستغلال المناجم . على أن المعادن المستخرجة من المناجم تعتبر من المنقولات » (٢) . ثم صـدر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ، وهو آخر تشريع خاص بالمناجم والمحاجر ، وقـد فصل بين ملكية سطح الأرض ، وبين ملكية ما يوجد فى باطنها من المواد

---

(١) استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٣ — هالتون ١ ص ١٨ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣١ ص ٤٢ .

(٢) وتعتبر آلات النقل والجر ووسائله المخصصة لاستغلال المناجم عقارا بالتخصيص لا عقارا بطبيعته ، وتعتبر المحاجر عقارات بطبيعتها وان كان القانون رقم ١٣٦ لسـنة ١٩٤٨ لم ينص صراحة على ذلك كمـا فعل بالنسبة الى المناجم (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣١ ص ٢٤) .

المعدنية وخامات المحاجر فجعلها ملكا للدولة ولو كانت فى أرض مملوكة للأفراد • اذ نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أن « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم فى الأراضى المصرية والمياه الاقليمية ، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحاجر عدا مواد البناء — الأحجار الجيرية والرملية والرمال — التى توجد فى المحاجر التى تثبت ملكيتها للغير » ، ولكن هذا القانون منح بعض المزايا لمالك السطح ، اذا هو أراد استغلال المواد المعدنية أو خامات المحاجر الموجودة فى باطن أرضه • فنصت المادة ١٥ من هذا القانون على أن « يعفى مالك السطح الذى يبلغ عن وجود خامات معدنية فى أرضه من قيد اسمه فى سجل الكاشفين المشار اليه فى المادة ٧ ، ويكون له حق الأولوية على الغير فى البحث والاستغلال متى طلب ذلك ، ويمنح ترخيص البحث أو عقد الاستغلال بغير مزايدة • ويعفى فى حالة البحث أو الاستغلال من الايجار المنصوص عليه فى المادتين ١١ و ٢١ اذا قام بالبحث أو الاستغلال بنفسه ••• وفى حالة الترخيص فى الاستغلال للغير يكون لمالك السطح الحق فى الحصول على نصف الايجار من مصلحة المناجم والمحاجر » • وفيما يتعلق بالمزايا الممنوحة لمالك السطح اذا أراد استغلال خامات المحاجر : نصت المادة ٣٢ من نفس القانون على أنه « يجوز لمصلحة المناجم والمحاجر أن ترخص لمالك الأرض الموجود بها مواد البناء أن يستخرج هذه المواد بقصد استعماله الخاص دون استغلالها ، مع اعفائه من الايجار والاتاوة • ويكون للمالك الأولوية على الغير فى الحصول على الترخيص فى الاستغلال عن الأرض المملوكة له ، وفى هذه الحالة يعفى من الايجار دون الاتاوة ، ويسقط حقه •• وفى هذه الحالة يكون لصاحب الأرض الحق فى الحصول على نصف الايجار من مصلحة المناجم والمحاجر » • وسنعود لهذه المسائل تفصيلا عند الكلام فى المناجم والمحاجر •

أما الكنوز المدفونة أو المخبوءة فى باطن الأرض فهى منقولات بطبيعتها مدفونة أو مخبوءة ، فليست هى اذن جزءا من الأرض حتى تكون

عقارا • وقد نصت المادة ٨٧٢ مدنى على أن « ١ — الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته • ٢ — والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته » • والآثار تكون عقارا بطبيعته اذا كانت بناء مثبتا فى الأرض (م ٢ و ٣ و ٥ و ٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار) • وتعتبر آثارا عقارية الآثار المنقولة المثبتة فى الأرض أو التى يصعب نقلها (م ٥ من قانون الآثار) •

١٠ — النبات :

وكل ما تنبته الأرض من ثمار ومحصول وزرع . وكل ما يغرس فيها من أشجار ونخيل ، يكون عقارا بطبيعته مادامت جذوره ممتدة فى باطن الأرض •

فما يغرس من شجر ونخيل يكون عقارا بطبيعته لاندماجه فى الأرض . حتى لو كان الشجر من أشجار المشاتل (arbres des pépinières) التى تغرس فى الأرض موقتا ثم تنتزع منها بعد وقت قصير لتنقل الى أرض أخرى • فما دامت المشاتل مستقرة فى الأرض لم تنزع ، فى المدة القصيرة التى يراد لها فيها أن تبقى ، فانها تحتفظ بصفتها العقارية الى أن تنزع فعندئذ تصبح منقولا ، وقد تنقل أشجار المشاتل من أرض الى أخرى لتتقوى وتتغذى تغذية كاملة قبل بيعها ، فتكون عقارا بطبيعته حتى بعد نقلها الى الأرض الأخرى ، وذلك الى أن تنزع نهائيا من الأرض عند البيع (١) • ولكن النباتات التى توضع فى الأوعية والقصارى تكون منقولا لأن جذورها لا تمتد الى باطن الأرض بل تبقى محتواة فى الأوعية والقصارى ، حتى لوكانت هذه الأوعية والقصارى مدفونة فى الأرض (٢) • وكذلك تعتبر منقولا النباتات التى توضع

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٤٧ ص ٤٢ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢ ص ٧٦ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢ ص ٧٦ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ ص ٤٤ — كذلك لا تعتبر عقارا بالتخصيص حتى لو كان مالك الأرض هو الذى وضعها ، لأنها ليست مخصصة لخدمة الأرض أو =

موقتا فى الأرض حتى لا تجف ، انتظارا لبيعها أو لنقلها الى مكان آخر لغرسها ، وان هذه النباتات لا تمتد جذورها الى باطن الأرض ولاتندمج فيها ؛ والأرض انما تقيها لا تغذيها (١) .

وكل الثمار والمحصولات والمزروعات التى تنبت مباشرة فى الأرض وتمتد جذورها فيها تعتبر عقارا بطبيعته لاندماجها فى الأرض، وكذلك تعتبر عقارا بطبيعته الفاكهة والأثمار التى تنبتها الأشجار والنخيل المغروسة فى الأرض والتى هى بدورها عقار بطبيعته كما سبق القول . فاذا ماجنيت المحصولات وقطعت الثمار والفاكهة ، فانها تصبح منقولا حتى لو بقيت فى الأرض دون أن تنقل (٢) .

وكل هذا النبات بأنواعه المختلفة . من أشجار ونخيل وثمار ومحصولات وفاكهة وما الى ذلك ، انما يكون عقارا بفضل اندماجه فى الأرض ، فالأرض هى التى تغذيه وهى التى تضفى عليه صفة العقار (Fructus pendantes pas funed esse vendintur)

فاذا زال اندماجه بالأرض ، بأن قطع أو فصل ، زالت عنه صفة العقار ؛ ويستوى أن يكون الذى غرس النبات هو مالك الأرض أو المستأجر أو الغير ، ويستوى كذلك أن يكون قطع النبات أو فصله قد وقع بفعل فاعل سواء كان المالك أو غيره ، أو رفع بغير صنع الانسان كما اذا أوقعته المواشى أو الهواء أو وقع من تلقاء نفسه بسبب

= استغلال (بودرى وشوفو فقرة ٨٧ ص ٨٠ هامش ٣ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤ ص ٤٤) .

(١) دبرانتون ٤ فقرة ٤٤ — ديمولومب ٩ فقرة ١٤٧ — أوبرى ورو ، ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٦ — بودرى وشوفو فقرة ٤٧ ص ٤٢ .

(٢) وتنص المادة ٥٢٠ مدنى فرنسى فى هذا المعنى على أن « المحصولات القائمة على جذورها وثمار الأشجار التى لم تقطف بعد تكون هى أيضا عقارا ، وبمجرد أن تقطع الحبوب وتفصل الثمار فانها تصبح منقولا حتى لو لم تنتقل من الأرض . واذا لم ينتزع الا جزء من المحصولات ، فان هذا الجزء وحده هو الذى يصبح منقولا » . وتنص المادة ٥٢١ مدنى فرنسى على أن « الأخشاب التى تقطع عادة من الأشجار المشذبة (المقلمة) او من الأحراش التى اعدت للقطع لا تصبح منقولا الا بقطعها واحدة بعد الأخرى » .

نضجه (١) • ولا غيره بقيمة النبات ، فالأحكام سالفة الذكر تنطبق على الأشجار الكبيرة والنخيل كما تنطبق على الأشجار الصغيرة وأقل المحصولات قيمة وأصغرها شأنا (٢) •

١١ — المبانى والمنشآت :

والمبانى والمنشآت هى أيضا عقار بطبيعته لاندماجها فى الأرض والاندماج (incorporation) هو الذى يضفى عليها صفة العقار ، فالأرض اذن هى مصدر الصفة العقارية للمبانى والمنشآت كما هى مصدر هذه الصفة للنبات ، وتختلف المبانى والمنشآت عن النبات فى أن الأولى انما تندمج فى الأرض بفعل الانسان ، فلابد من تشييدها بصنع صانع ، أما النبات فاندماجه فى الأرض يضاف فيه الى فعل الانسان فعل الطبيعة ، فاذا وضعت البذور فى الأرض أو غرست الأشجار بفعل الانسان قامت الطبيعة بعد ذلك بدورها فى انبات البذور وفى تنمية الأشجار • ذلك بأن النبات كائن حى ينمو ويترعرع ، بخلاف المبانى والمنشآت فهى جماد لا حياة فيها •

والمبانى والمنشآت قبل تشييدها فى الأرض كانت جملة من مواد البناء وأدواته ، فكانت منقولا (٣) • فهى كميات من الطوب والرمل والاسمنت والجير والجبس والخشب والحديد والأحواض والأدوات الصحية وغير ذلك من المواد التى تستعمل فى البناء • ولا تصبح عقارا الا اذا شيدت فاندمجت فى الأرض وأصبحت ثابتة مستقرة ، فلا يمكن تحويلها أو نقلها الا اذا هدمت (٤) •

ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والحوانيت والمصانع والمخازن

---

(١) جوسران ١ فقرة ١٣٤٨ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٤ — فقرة ٣٥ .

(٢) جوسران ١ فقرة ١٣٤٨ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٤ ص ٤٤ .

(٣) استئناف مختلط ٢٩ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٥١٢ .

(٤) فاذا هدم البناء أو انهدم ، فان الأنقاض تصبح منقولا كما كانت قبل أن يشيد البناء أول مرة ، وذلك حتى لو كان المالك قد أراد من الهدم =

والمحالج والجاراجات والزرائب والأفران والمطاحن وغير ذلك من الأماكن التى تشيد عادة فوق سطح الأرض • ويشمل ذلك أيضا الجسور والكبارى والسدود والخزانات والقناطر وغير ذلك من الأعمال الهندسية اللازمة للرى ولغيره من الأغراض • وليس من الضرورى أن تكون المنشآت مشيدة فوق سطح الأرض ، بل يصح أن تكون مشيدة فى باطنها • فتعتبر منشآت ، ومن ثم تكون عقارا بطبيعته ، الأنفاق والمجارى والآبار التى تحفر لاستغلال المناجم والمواسير والأنابيب المدفونة فى باطن الأرض • فالمنشآت اذن هى مجموعة من مواد البناء شيدت على سبيل القرار فاندمجت فى الأرض ، سواء أقيمت فوق سطح الأرض أو أقيمت فى باطنها •

واندماج المبانى والمنشآت فى الأرض هو الشرط الضرورى لاضفاء صفة العقار عليها ، وهو فى الوقت ذاته شرط كاف • فلا يشترط اذن أن يكون من شيد المنشآت هو مالك الأرض نفسه ، فقد يكون صاحب حق انتفاع أو مستأجرا أو دائنا مرتهنا أو حائزا بحسن نية أو بسوء نية أو مغتصبا أو غير ذلك • وأيا كان من شيد المنشآت ، المالك أو غيره ، فان المنشآت بمجرد تشييدها واندماجها فى الأرض تصبح عقارا بطبيعته (١)•

= اعادة البناء واعاده فعلا ، فان الأنقاض تبقى منقولا حتى يعاد بناؤها ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٥٣٢ مدنى فرنسى اذ تقول : « الأنقاض الناتجة من هدم احد الأبنية ، والمواد المتجمعة لتشييد بناء جديد ، تكون منقولا الى أن يستخدمها العامل فى تشييد البناء » . (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ مكررة ص ٣٣ — بودرى وشوفو فقرة ٤٢ وفقرة ١٢٢ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٤٣) . على أنه اذا انتزع باب مثلا من البناء لاصلاحه واعادته فور اصلاحه ، فان الباب فى مدة انفصاله المؤقت عن البناء يبقى عقارا (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٧ هامش ١٩ — محمد على عرفة فقرة ٤٨ — حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٦ — عكس ذلك شفيق شحاته فقرة ٣٩ ص ٥٤) ، وهناك رأى يذهب الى أن الباب، اذا انتزع من مكانه لاصلاحه ، يعتبر منقولا ملحقا بالبناء ، فتسرى عليه القاعدة التى تقضى بان الفرع يتبع الأصل (اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٩٢) .

(١) استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٣٩ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص٥٢ — مصر المختلطة أول ديسمبر سنة١٩٢٥ جازيت =

كذلك لايشترط أن تكون المنشــــآت مشيدة عــــلى ســــبيل الدوام (à perpétuelle demeure)، فقد تكون منشآت موقتة ومع ذلك تصــبح عقارا متى اندمجت فى الأرض على سبيل القرار (à demeure) • ففى المعارض تقام عادة منشآت موقتة من مبان وحوانيت وأعمال هندســية أخرى ، وقد لا يدوم المعرض أكثر من بضعة شهور أو بضعة أسابيع ثم تهدم كل هذه المنشآت وقد شيدت على أن تكون موقتة لا تدوم الا بدوام المعرض ، ومع ذلك تعتبر مادامت قائمة عقارا بطبيعته ، حتى اذا انتهى المعرض وهدمت فان الأنقاض تصير منقولا (١) • على أنه يشترط كمــا قدمنا ، لتكون المنشآت عقارا • أن تكون مشيدة على سبيل القرار ، فيكون لها أساس ثابت فى الأرض حتى تكون مندمجة فيها (٢) • ومن ثم تكون

= ١٧ رقم ٢٣١ ص ١٥٤ — نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٥ — ١ — ٧٨ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٢ — بودرى وشوفو فقرة ٢٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣ ص ٧٦ — جوسران ١ فقرة ١٣٤٨ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٧ ص ٤٦ — حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٥ . واذا شيد المنشآت غير المالك ، فان هذا يثير مسألة اخرى غير مســألة طبيعة المنشآت وانها عقار ، وهذه المسألة هى من يملك هذه المنشآت ، وستكون موضع البحث عند الكلام فى الالتصاق كسبب لكسب الملكية .

(١) بودرى وشوفو فقرة ٢٧ ص ٢٥ — بلانيول وريبير وبيكار فقــرة ٧٣ ص ٧٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٣٨ — كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ٩٢٢ ص ٧٣٧ — وقد يحصل شخص على رخصة مؤقتة بالبناء فى ملك عام ، فالبناء الذى يقام يعتبر عقارا بطبيعته وان كان موقتــا بالرخصة ومصيره حتما الهدم (نقض فرنسى ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩ — ١ — ٥٢٥) ، كذلك يعتبر عقــارا البناء الذى يقيمه المستأجر فى العين المؤجرة ، وان كان مصيره الهدم بعد انتهاء مدة الايجار (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦ ص ٩٣ — نقض فرنسى ١٣ فبراير سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ٢٣٦ — حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٥ — سليمان مرقس : فى المدخل للعلوم القانونية فقرة ٣٨٦) .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هــــذا الصدد : «ولا يعتبر الشىء ذا مستقر ثابت الا اذا كان لا يمكن نقله دون تلف ، فالأكشاك التى يمكن حلها واقامتها فى مكان آخر لا تعتبر اشياء ثابتة ، اما المبانى التى لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر ثابتة حتى لو كانت معدة لتبقى مدة قصيرة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٦) .

أكشاك الاستحمام (cabines de mer) . وهى مقامة من خشب دون أن يكون لها أساس ثابت فى الأرض ويمكن نقلها من مكان الى مكان آخر دون تلف ، منقولا لا عقار (١) • كذلك يعتبر منقولا المنشآت المتنقلة (constructions volantes) فوق سطح الأرض تبقى مدة قصيرة ثم تنتقل الى مكان آخر ، وتشد عادة الى الأرض بحبال حتى تقاوم هبوب الريح، وذلك مثل أكشاك الأسواق والمعارض (baraques de foire) وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة وخيمة السرك المتنقل والأكشاك الخشبية التى تقام فى الأعياد والموالد اذا لم تثبت فى الأرض (٢) •

وأجزاء البناء المكملة له فلا يكون البناء كاملا بدونها • اذا اندمجت فيه اندماجا ثابتا لا يزول الا بالفك أو بالهدم ، تكون كالبناء عقارا بطبيعته، حتى لو أمكن فكها وفصلها عن البناء دون تلف ، فالأبواب والشبابيك والأقفال (٣) • والميازيب والبلكونات والشرفات والمصاعد والأسواق

---

(١) المنصورة الجزئية المختلطة ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٤٣ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٧ ص ٤٥ — ص ٤٦ — عكس ذلك استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ .

(٢) نقض فرنسى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣١ — ٥٣٧ — بودرى وشوفو فقرة ٢٦ ص ٢٤ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣ . بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٣٨ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٢٢ ص ٧٣٧ — انسيكلوبيدى داللوز لفظ (Biens) فقرة ٣٣ — شفيق شحاته فقرة ٤٤ ص ٥١ — حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٥ — اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٩٢ .

ويبدو أن مسرحا مثبتا فى الارض كمسرح « البالون » يعتبر عقارا لأنه قائم على سبيل القرار ، وان أمكن فكه ونقله الى مكان آخر .

(٣) أما المفاتيح فانها منفصلة عن البناء وعن الأقفال ، ولذلك تعتبر عقارا بالتخصيص لا بطبيعته ، شأنها فى ذلك شأن مضخات الحريق مثلا . انظر فى اعتبارها عقارا بطبيعته لأنها تكملة ضرورية للاقفال : أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٨ — ديمولومب ٩ فقرة ٢٩١ — لوران ٥ فقرة ٤٠٤ — بودرى وشوفو فقرة ٩٣ ص ٨٥ — شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦٠ — حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٦ وهامش ١ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٦٣ ص ٧٢ — انظر فى اعتبارها عقارا بالتخصيص : بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٨٨ ص ٩٩ — بلانيول . وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٥٧ — انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (Biens) فقرة ٢٨٩ — محمد على عرفة فقرة ٤٧ ص ٧٥ — نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨ — ١ — ٣٥٣ .

الحديدية أو الخشبية أو المبنية بالطوب والبلاط وخشبية الغـــرف (كالباركيه) والأدوات الصحية من أحواض وحنفيات ودشات وأجهزة التواليت وسخانات المياه المثبتة والأفران المثبتة وما الى ذلك ، كل هـذا يعتبر عقارا بطبيعته لأنه مثبت فى البناء على سبيل القرار ومكمل لـه ، وان أمكن فى كثير من الأحوال نقله دون تلف (١) . كذلك يعتبر عقارا بطبيعته أنابيب المياه والغاز والكهرباء ، والمواسير المدفونة فى باطن الأرض حتى لو بعدت عن البناء بمسافة طويلة وحتى لو عدت عقارا مستقلا عن البناء (٢) ، فيستوى اذن أن يضع هذه الأشياء المالك أو غير المالك (٣).

ويعتبر عقارا بطبيعته الطواحين ، سواء كانت تدار بالهواء أو بالماء، مادامت مثبتة أو قائمة على دعائم مثبتة ، فقد اندمجت فى الأرض فأضفت

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤ ص ٧٧ — ولو اعتبرت هـذه الاشياء عقارا بالتخصيص لا عقارا بطبيعته ، لوجب ان يكون من يضعها هو نفس المالك كمـا سنرى عند الكلام فى العقار بالتخصيص ، ولكنها لما كانت عقارا بطبيعته كما قدمنا فانه يستوى ان يضعها المالك او غير المالك ، فاذا كسا المستأجر خشبية بعض الغرف بالباركيه او اقام سورا أو ثبت حوضـا للغسـيل ، لم يمنع من ان يكـون هذا عقـارا بطبيعته ان اقامة غير المالك (بودرى وشوفو فقرة ٩٤ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٦٣ ص ٧٢ — محمد على عرفة فقرة ٤٥) .

(٢) والانابيب المدفونة فى الارض اذا كانت تابعة لمبنى ، فانهـا تعتبر جزءا من هذا المبنى ولا تعتبر عقارا مستقلا ، اما اذا كانت مملوكة لمالك آخر غير مالك المبنى فانها تعتبر عقارا مستقلا عن المبنى ، اما انابيب الغاز المدفونة تحت سطح الطريق العام فلا تعتبر لا عقارا مستقلا ولا عقارا تابعا للطريق العام ، ولكنها جزء لا يتجزأ من المصنع الذى ينتج الغاز مهما بعدت عن هذا المصـنع (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقـــرة ٩٢٢ ص ٧٣٨ — انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (Biens) فقرة ٦١ — اوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ هامش ٥ مكرر — نقض فرنسى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ٣٢٩) .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٥٤ — ديمولومب ٩ فقرة ١٤٩ — لوران ٥ فقرة ٤٠٩ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٦٣ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٣٩ — كولان كابيتان ودى لامـــور انديير ١ فقرة ٩٢٢ — نقض فرنسى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ داللوز ١٩٤٦ — ٥٦ .

الأرض عليهاصفة العقار (١) • وتعتبر آلات الرى عقارا بطبيعته اذا ثبتت فى الأرض بحث لايمكن فصلها عنها الا اذا فكت جميع اجزائها ، فـــان اندماجها فى الأرض على هذا النحو يكسبها صفة العقار بطبيعته (٢) ، اما اذا لم تثبت فى الارض . فانها تعتبر عقاراً بالتخصيص اذا رصدها مالك الأرض الزراعية لخدمة الأرض واستغلالها . وسيأتى بيان ذلك ، وكآلات الرى والمطاحن والمحالج ، تعتبر عقارا بطبيعته اذا ثبتت فى الأرض على سبيل القرار • واذا كانت آلات الرى والطواحين والمطاحن والمحالج ، بالرغم من تثبيتها فى الأرض ، يمكن فصـــلها دون تلف فان اندماجها فى

---

(١) انظر المادة ٥١٩ مدنى فرنسى — وانظر فى تفصيل ذلك فى القانون الفرنسى بودرى وشوفو فقرة ٤٤ .

وقد قضت محكمة النقض بان قضاءها جرى على اعتبار آلات المطحن الثابتة فى الأرض على سبيل القرار عقارا ، فاذا كان الثابت بعقد البيع انه انصب علىأرض ومبانى وآلات مطحن وانه خلا منالاشارة الى مقومات المحل التجارى غير المادية والى المهمات والبضائع فان البيع يكون قد وقع على عقار ولم يتضمن بيع منقول (نقض مدنى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٣٩ صفحة ١٥٦٥) .

(٢) محمد كاملمرسى ١ فقرة ٤٢ ص٤٩ — اما القضاء فى مصر فمضطرب فىهذه المسألة ، فهناكاحكام قضت بأنماكينة الرى ، ثبتت فىالأرض أو لمتثبت، تعتبر عقارا بالتخصيص ، فيجب اذن ان يكون المالك هو الذى اقامها فى أرضه (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧م ٢٩ ص ٣٩٩ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢م ٤٥ ص ٢٩ — ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٤ — ١٨ يونيه سنة ١٩٣٥م ٤٧ ص ٣٧٨ — ٧ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٩ — ٩ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١١ : حتى لو كانت تسقى أرضا مجاورة — سوهاج استئنافى ٢٥ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٣٢ ص ١٠٢٩) . وهناك أحكام قضت بأن ماكينة الرى تعتبر عقارا بطبيعته اذا ثبتت فى الارض ، والا فهى عقـــار بالتخصيص (استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٠ ص ١٧٥ ، اسيوط استئناف ١٨ اكتوبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٣٣ ص ٥٦٥) . وهناك أحكام ذهبت الى أن ماكنتة الرى تعتبر منقولا ، لا عقـــارا بطبيعته ولا عقارا بالتخصيص ، ولو كانت مثبتة بمسامير عـــلى قاعدة من الخشب القائم على الأسمنت ، مادام انه يمكن نقلها دون تلف وتركيبها على قاعدة اخرى (استئناف ٧ ابريل ســـنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٧ ص ٢١٣ — استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢١ — ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٥ — طهطا ٣ سبتمبر سنة ١٩٣٩ المحـــاماة ٢١ رقم ٢٨٠ ص ٦٥١) .

الأرض عندما كانت مثبتة فيها اذا اضيفت اليه تبعيتها للارض ، أغني ذلك عن اشتراط ألا يكون فصلها دون تلف ، فما هــو تابع للأرض اذا اندمج فيها وثبت على سبيل القرار يكون عقارا بطبيعته ، حتى لو أمكن فصله دون تلف (١) .

المطلب الثانى

العقار بالتخصيص (*)

(Immeuble per destination)

١٢ — ماهو العقار بالتخصيص — مقابلة بين نصوص التقنين المدنى الفرنسى ونصوص التقنين المدنى المصرى :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدنى تقول : « ومع ذلك يعتبر

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٩٣ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٧ — ص ٢٨ — وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان عقد بيع حصة فى ماكينة طحين قد نص فيه على أن البيع وقع على هذه الحصة فى الآلة كما اشتريت ، كما نص على نصيب المشترى فيها بعد تثبيتها مقابل دفعة ما يوازى هذا النصيب فى نفقات تثبيتها ، فان البائع متى ثبت الالة يكون قد فعل ذلك لنفسه ولشريكه معا ، واذا كانت هذه الالة قد صارت بعد تثبيتها عقارا ، فهذا العقار يكون لها كليهما لا لواحد منهما دون الاخر . وحق كل منهما لنصيبه فى هذا العقار يستوى فى ثبوته أن يكون العقد الذى تضمن اتفاقهما قد سجل أو لم يسجل، اذ هذا العقد ليس هو المنشىء لهذا الحق العقارى ، بل الذى أنشاه هو الفعل الذى صار به المنقول عقارا (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعــــة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ١ ص ٣٠١) .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كان المطعون ضده الاول قصر طلباته امام محكمة الاستئناف على طلب تثبيت ملكيته للماكينة وحدها ، وكان الحكم امام محكمة الاستئناف على طلب تثبيت ملكيته للماكينة وحدها ، وكان هذا المطعون فيه قد انتهى الى تقرير أن هذه الالة ينطبق عليها عقد المطعون ضده الاول ، وان ملكيته لها ثبتت بهذا العقد دون تسجيل لانه يقع على منقول . لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بتثبيت ملكيته على سند من ذلك العقد لايكون مخطئا فى تطبيق القانون (نقض مدنى فى ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٩٣ صفحة ١٢٢٥) .

(*) انظر Pierre Gulphe رسالة من باريس سنة ١٩٤٣ .

عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رصداً على خدمة هــذا العقار أو استغلاله » • فالعقار بالتخصيص هو اذن منقول بطبيعته ، رصده مالكه لخدمه أو استغلال عقار بطبيعته هو ايضا مملوك له ، كما اذا خصص صاحب الارض الزراعيه مواشي او الات زراعيه يستعين بها على زراعه ارضه ، وكما اذا وضع صاحب الفندق في فنــدقه الأثاث اللازم لتهيئه الفندق للاستغلال • ففي هذه الاحوال وأمثالهـــا يأتي صاحب العقار بمنقولات يملكها ويضعها في العقار رصداً على خدمته أو استغلاله ، فترتبط المنقولات بالعـــقار ارتباطا لا انفكاك منه حتى ليصبح العقار والمنقولات جميعا وحدة اقتصاديه لا تتجزأ . ومن ثم يضفي العقار وهو الاصل على المنقولات وهي التبع صفه للعقار ، بحكم هــذا التخصيص ، فيعتبر القانون هذه المنقولات بطبيعتها عقارا بالتخصيص عن طريق الافتراض القانوني (fiction légale).

وقد افاض التقنين المدني الفرنسي ، وهو المصدر الذي أخــذ عنه التقنين المدني المصري فكرة العقار بالتخصــــيص • في النصوص وفي التطبيقات المتعلقه بهذا النوع من العقار . فوضعت المادة ٥٢٤ مـــدني فرنسي في فقرتها الاولى المبدا العام في العقار بالتخصيص ، اذ تقــول : «الاشياء التي يضعها مالك العقار في عقاره ، لخدمة هذا العقار واستغلاله، تكون عقارا بالتخصيص » ، ثم تأتي الفقرتان الثانية والثالثة عقب ذلــك بتطبيقات متعددة للعقار بالتخصيص ، فتقولان : « وعلى ذلك تكـــون عقـــارات بالتخصيص ، اذا وضعها المالك لخـــدمة العقار واســتغلاله : الحيوانات (المواشي) المخصصة للزراعة ــ آلات الحرث ــ البـــذور المعطاة للمستأجرين أو المزارعين ــ حمام الأبراج ــ أرانب الأوكار ــ خلايا النحل ــ أسماك البرك ــ المعاصر والمراجل والأنابيب والخـــوابي والدنان (أوان لتقطير الخمور) ــ الآلات الضرورية لاستغلال معامل الحديد ومعامل الورق والمعامل الأخرى ــ التبن والسماد • وتكون أيضاً عقارات بالتخصيص المنقولات التي يربطها المالك بالعقار على ســـبيل

الدوام (١) . ثم تبين المادة ٥٢٥ مدني فرنسي ماهو المقصود بالمنقولات التي يربطها المالك بالعقار على سبيل الدوام ، الوارد ذكرها فى آخر المادة السابقة ، فتقول : « يعتبر المالك انه ربط منقولات بعقاره على سبيل الدوام (à perpétuelle demeure) اذا كانت هذه المنقولات قد ألصقت بالعقار بالجبس أو بالجير أو بالاسمنت أو كانت لا يمكن فصلها دون أن تتكسر وتتلف ، أو دون أن يتكسر أو يتلف الجزء من العقار الذى ألصقت المنقولات به ، وتعتبر مرايا المسكن قد ربطت به على سبيل الدوام اذا كان الخشب الذى ألصقت به المرايا تتحد مع خشب الحائط ، وكذلك يكون حكم ألواح التصوير وسائر ما تزين به المساكن ، أما بالنسبة الى التماثيل ، فانها تكون عقارا اذا هى وضعت فى مخابىء حفرت فى الحائط خصيصا لوضعها فيها ، حتى لو أمكن نقلها دون أن تتكسر أو تتلف » .

ولم يخص التقنين المدنى المصرى السابق فى التطبيقات الكثيرة التى أوردها التقنين المدنى الفرنسى ، بل اقتصر على ذكر آلات الزراعة والماشية وآلات المعامل ومهماتها ، كما اقتصر على ذكر أثر واحد للعقار بالتخصيص هو عدم جواز الحجز عليه منفردا عن العقار الأصلى ، فنصت المادة ٤/١٨ من هذا التقنين على ما يأتى : « الا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لها متى كانت ملكا لصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتها اذا كانت ملكا لمالك تلك المعامل ، فتعتبر أموالا ثابتة ، بمعنى أنه لايسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به » .

أما التقنين المدنى المصرى الجديد فلم يورد أى تطبيق من تطبيقات العقار بالتخصيص اكتفاء بذكر شروطه ، كما أنه لم يحصر آثار العقار بالتخصيص فى عدم جواز الحجز عليه منفردا عن العقار الأصلى كما فعل

---

(١) ويسبق هذا النص ، فى التقنين المدنى الفرنسى ، نص خاص بالمواشى التى يسلمها المالك للمستأجر أو المزارع ، فتقول المادة ٥٢٢ مدنى فرنسى : « والحيوانات (المواشى) التى يسلمها مالك الارض للمستأجر أو المزارع لأعمال الزراعة ، سواء قومت أو لم تقوم ، تعتبر عقارا ما بقيت مرتبطة بالأرض بموجب الاتفاق . اما تلك التى يعطيها ايجارا لغير المستأجر أو المزارع فتكون منقولا » .

التقنين المدنى السابق ، بل سكت عن ذكر أى أثر حتى يترتب على العقار بالتخصيص جميع آثاره • فنصت المادة ٢/٨٢ من هذا التقنين ، كما رأينا ، على ما يأتى : « ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » (١) •

فنتكلم اذن فى شروط العقار بالتخصيص ، ثم فى الآثار التى تترتب على التخصيص •

١ — شروط العقار بالتخصيص

١٣ — شرطان :

يتبين من نص المادة ٢/٨٢ مدنى سالفة الذكر أن هناك شرطين يجب وافرهما حتى يكون المنقول بطبيعته عقارا بالتخصيص : ١ — اتحاد المالك ، أى أن يكون مالك العقار بالتخصيص هو نفس مالك العقار الأصلى ٢ — التخصيص . أى أن يكون العقار بالتخصيص قد ارتبط بالعقار الأصلى لخدمته أو استغلاله •

١٤ — الشرط الأول — اتحاد المالك :

يتضح من صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٢ مدنى ، ونصها كما رأيناه: « ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه •• » ، أن مالك العقار بالتخصيص هو نفس مالك العقار الأصلى • والمفروض أن هناك منقولا بطبيعته ألحق بعقار بطبيعته (٢) • هذه

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٧ •

(٢) فأجزاء البناء المتممة له والملحقة به هى عقار بطبيعته كما سبق القول ، فلا يجوز اعتبارها عقارا بالتخصيص لأن العقار بالتخصيص يجب أن يكون منقولا لا عقارا . والمنقول المخصص لخدمة منقول آخر ، كالسيارة المخصصة لخدمة محل تجارى ، أو المخصص لخدمة عقار بالتخصيص كعلف الماشية ، لايجوز اعتباره عقارا بالتخصيص لانه لم يخصص لخدمة عقار بطبيعته ، والمفروض كما قدمنا أن العقار الأصلى يجب أن يكون عقارا بطبيعته لا منقولا ولا عقارا بالتخصيص . انظر فى هذا المعنى حسن كيرة فقرة ٢٨ ص ٨١ — سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٨٧ ص ٤٤٤ •

الحقائق الثلاث — المنقول بطبيعته والعقار بطبيعته وواقعة الالحاق — مفروضه ، فهى ليست بشروط ، بل هى واقع المسالة • فاذا تحقق هذا الواقع • فمتى يعتبر المنقول الملحق بالعقار الاصلى عقارا بالتخصيص لا قلنا ان الشرط الاول هو أن يكون شخص واحد هو المالك لكل من العقار الاصلى والمنقول الملحق (١) • وعلى ذلك لا يكون عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه المستاجر (٢) او الدائن المرتهن رهن حيازة او صاحب حق الانتفاع رصدا لخدمه العقار المؤجر او المرهون او المملوكه رقبته لشخص اخر ، لان المنقول الملحق يملكه شخص غير الشخص الذى يملك العقار الاصلى (٣) . كذلك لا يكون عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه مالك العقار فى عقاره اذا كان هذا المنقول غير مملوك له ، كان مرهونا عنده أو معارا له او مسلما اليه على سبيل الايجار (٤) •

وقد قضت محكمة النقض بانه لايكفى لتخصيص المنقول للعقار أن يكون رصدا على خدمه هذا العقار او استغلاله ، وانما يشترط الى جانب ذلك أن يكون مالكهما واحدا بحكم الفقرة الثانيه من المادة ٨٢ من التقنين المدنى (٥) •

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ مايوسنة ١٩١٥م ٢٧ ص ٣٥٧ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨١ •

(٢) استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ — حتى لو ثبت المنقول (ماكينة الرى مثلا) فى الأرض (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٥) •

(٣) ديمولومب ٩ فقرة ٢١٠ — فقرة ٢١١ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢١ •

(٤) بودرى وشونو فقرة ٥٩ ص ٥٨ •

(٥) نقض مدنى فى ٢٠ يناير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٣ صفحة ٧٦ •

كما قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٨٢ من القانون المدنى جرى بأن « كل شيء مستقر بحيزة ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول . ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » ، فالمنقول الذى يضعه المالك فى عقار يملكه رصدا على العقار =

ويعلل بعض الفقهاء شرط اتحاد المالك بالاعتبار الآتى : ان اضفاء صفة العقار بالتخصيص على المنقول الملحق بالعقار الأصلى انما هـو لمصلحة العقار الأصلى ، والمالك وحده هو الذى يمثل هذه المصلحة (١) . وفى هذا التعليل غموض دعا هؤلاء الفقهاء توضيحه على النحو الآتى : لو أن مالك المنقول وضعه فى خدمة عقار لايملكه ، لوجب القول بأن صاحب المنقول لا يقصد الحاقه بالعقار ، فانه لابد منتزع منقولة بعد انتهاء مدة انتفاعه بالعقار ، ولايجوز افتراض تبرعه بالمنقول لأن التبرع لا يفترض. فلابد اذن أن يكون مالك المنقول الملحق هو نفس مالك العقار الأصلى ، حتى يستساغ أن يفترض أنه قصد عدم انتزاع المنقول وابقاءه رصدا على خدمة العقار (٢) . ويقترب من هذا التعليل تعليل يقول به فقهـاء آخرون ، مؤداه أن فكرة العقار بالتخصيص لا يمكن أن تثار اذا كان مالك المنقول شخصا آخر غير مالك العقار ، اذ لا يمكن فى هذه الحالة أن يقال الى مالك المنقول أراد الحاقه بعقار لا يملكه وانما تثار الفكرة اذا كان مالك المنقول هو نفس مالك العقار ، اذ يمكن فى هذه الحالة التساؤل عما إذا كان هذا المالك قد أراد أو لم يرد الحاق منقوله بعقاره ، فتكون وحـده المالك ، على مقتضى هذا التعليل ، داخلة فى واقع المسألة ، وليست شرطا بالمعنى الصحيح . ويكون واقع المسألة هو أن شخصا واحدا يملك كلا من العقار والمنقول ، وعندئذ يصح التساؤل متى يصبح المنقول عقـــارا بالتخصيص . فلا يكون اذن هناك الا شرط واحد ، هو رصد المنقول لخدمة العقار أو استغلاله حتى يصبح المنقول عقارا بالتخصيص (٣) .

= أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص ، ويشترط لتخصيص المنقول للعقار ان يكون مالكهما واحد ، (نقض مدنى فى ٢ مارس سنة ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ١٣٠ صفحة ٦٢١) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٧ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٧ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠ — بيدان وفواران فقرة ١١٤ — دى باج وديكرز ٥ فقرة ٦٤٥ — جولف فقرة ٦٢ ص ١٥٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٤٧ — كاربونييه ص ٦٨ — حسن كيرة فقرة ٢٨ ص ٨٩.

ومتى تقرر وجوب اتحاد المالك ، فان الحق فى الحاق المنقول بالعقار يكون لهذا المالك أو لنائبه • ومن ثم يجوز لوكيل المالك استعمال هـذا الحق ، كما يجوز ذلك للولى على المالك أو الوصى أو القيم ، فيصح لأحد من هؤلاء أن يرصد لخدمة عقار الأصيل أو المحجور منقولا يملكه هـذا الأخير ، فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص ، اذ أن هذا العمل يعتبر داخلا فى أعمال الادارة (١) • ويمكن اعتبار المستأجر نائبا عن المالك اذا هـو وضع منقولا مملوكا له فى خدمة العقار الذى استأجره ، وكان مشترطا فى عقد الايجار أن يترك المستأجر هذا المنقول لصاحب العقار عند نهاية الايجار ، ففى هذه الحالة يكون مالك العقار هو أيضا مالك المنقول بموجب عقد الايجار ، ويكون المستأجر عند وضعه المنقول فى خدمة العقار نائبا عن مالك العقار فى ذلك . فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص (٢) •

ويجوز لمالك العقار فى الشيوع أن يلحق المنقول بالعقار ، ويصبح المنقول عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ ، فاذا تمت القسمة ووقـع العقار فى نصيب هذا المالك ، لم يتحقق الشرط الفاسخ ، وبقى المنقـول عقارا بالتخصيص على وجه بات • أما اذا وقع العقار فى نصيب مالـك آخر ، فان الالحاق ينفسخ بتحقق الشرط الفاسخ ، وينفصل المنقـول عن العقار ليأخذه صاحبه (٣) • ويمكن تطبيق هذا الحكم على كل مالك تحت شرط فاسخ العقار أو للمنقول . فاذا وضع مالك العقار تحت شرط فاسخ منقولا لخدمة العقار ، أصبح هذا المنقول عقارا بالتخصيص تحت

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٧ — ص ٥٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠ .

(٢) ديمولومب ٩ فقرة ٢٠٩ — بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ هامش ١ — نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٩ — ١ — ٤٤٧ — عكس ذلك لوران ٥ فقرة ٤٣٨ .

(٣) ديمولومب ٩ فقرة ٢١٤ مكررة — لوران ٥ فقرة ٤٣٥ — بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠ — شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦٢ — عبد المنعم البدراوى فى المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٤٩ ص ٣٤٥ — ص ٣٤٦ — اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٤ — استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٤ — عكس =

شرط فاسخ ، فاذا لم يتحقق الشرط صار الالحاق باتا ، واذا تحقق الفسخ الالحاق وانفصل المنقول عن العقار ليأخذه صاحبه ، كذلك اذا وضع مالك العقار منقولا يملكه تحت شرط فاسخ لخدمة العقار ، أصبح المنقول عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ ، فاذا لم يتحقق الشرط صار الالحاق باتا ، واذا تحقق انفسخ الالحاق وانفصل المنقول عن العقار وعاد الى من لـه الحق فيه [1] .

وقد يضع شخص غير المالك يده على عقار باعتبار أنه المالك (animo domini) ، بحسن نية أو بسوء نية ، فيجوز له بالرغم من أنه حائز غير مالك أن يرصد منقولا يملكه على خدمة هذا العقار ، ويصبح المنقول عقارا بالتخصيص . ولكن هذا الالحاق ، وان كان ينفذ فى حق الغير ، لايحتج به المالك الحقيقى للعقار . ومن ثم اذا استرد هذا الأخير عقاره ، فانه

= ذلك استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٦ — نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ٨٤ ص ٦٣٩ (متى كان احد الشركاء فى الشيوع فى أرض يمتلك ماكينة ملكية خاصة ، واقامها على هذه الأرض بماله ، واستغلها لنفسه ولحسابه الخاص ، فانهـا لا تصير عقـارا بالتخصيص) .

(١) أما اذا كان مالك المنقول مالكا تحت شرط واقف ، فان المنقول لايصبح عقارا بالتخصيص الا عند تحقق الشرط . فاذا احتفظ البائع بملكية المنقول المبيع حتى يدفع اليـه جميع الثمن ، ووضـع المشترى المنقول فى أرضـه ، فلا يمكن أن يكسب صفة العقار بالتخصيص مادام الثمن لم يدفع جميعه (مصر المختلط ١٩ يناير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٢٠٦ ص ٧٦) . فاذا تنازل البائع عن حقه فى الملكية ، واكتفى بمطالبة المشترى بباقى الثمن ، وشرع فى تنفيـذ الحكم الذى صدر له ، فان المنقول المبيع الذى وضع فى أرض المشترى يصير عقارا بالتخصيص (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٥١ ص ٥٩ — محمد على عرفة فقرة ٥٨ ص ٨٦ — شفيق شحاتة فقرة ٤٦ ص ٦٢ — سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٨٧ ص ٤٤٥ — اسماعيل غانم فى النظرية العـامة للحق ص ١٠٤ — استئناف وطنى ٧ ابريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٧ ص ٢١٣ — استئناف مختلط ٣٠ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٠ — ٢٣ ابريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٠) .

واذا كانت الآلة الزراعية مملوكة لشخصين على الشيوع ، ووضعت فى عقار احدهما ، فانها لاتصبح عقارا بالتخصيص (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٣٣) .

يسترده وحده منفصلا عن المنقول الذى رصد لخدمته ، ويأخذ الحائز صاحب المنقول منقوله (١) .

وقد يتوافر شرط اتحاد المالك ، فيصبح المنقول عقارا بالتخصيص، ولكن يقع بعد ذلك أن يبيع المالك العقار أو المنقول ، فيختل شرط اتحاد المالك ، ومن ثم ينتهى الحاق المنقول بالعقار وينفصل عنه ليأخذه من له الحق فيه (٢) .

١٥ — الشرط الثانى — التخصيص :

ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ما يأتى : « وقد توسع المشروع فيها (العقارات بالتخصيص) ، فلم يقصرها كما فعل التقنين الحالى (السابق) على الآلات اللازمة أى الضرورية للزراعة والمصانع ...، بل نص عليها فى صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكه فى عقار مملوك له ، ويخصصه لخدمة العقار كالتماثيل التى توضع على قواعد مثبتة ، واما لاستغلاله كالآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية الخ . ولايشترط أن يكون المنقول لازما أى ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله . بل يكفى تخصيصه لهذه الخدمة أو الاستغلال ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك . أما اذا وضع المنقول لخدمة شخص مالكه لا لخدمة العقار ، فان ذلك لايجعله عقارا بالتخصيص . ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة بل يكفى ألا يكون عارضا ، ومتى انقطع

---

(١) ديمولومب ٩ فقرة ٢٠٨ — فقرة ٢٠٩ — لوران ٥ فقرة ٤٣٥ — اوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢١ — بودرى وشوفو فقرة ٥٩ ص ٥٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٤٨ — انسيكلوبيوى داللوز ١ لفظ (Biens) فقرة ١٠٤ — فقرة ١٠٥ — شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦٤ — عبد المنعم البدراوى فى المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٤٩ ص ٣٤٥ — اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠ — نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٣١ جازيت دى باليه ١٩٣١ — ١ — ٧٤٦ .

التخصيص زالت عن المنقول صفة العقار » (١) • ويستخلص من ذلك أمور ثلاثة : ١ — يجب أن يكون المنقول (العقار بالتخصيص) مخصصا لخدمة العقار ، لا لخدمة شخص المالك • ٢ — ولا يشترط أن يكـــون التخصيص بصفة دائمة ، بل يكفى ألا يكون عارضا • ٣ — ولايشترط أن يكون التخصيص ضروريا لخدمة العقار ، بل يكفى التخصيص لخدمـــة العقار أو استغلاله ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلـــك :

١ — المنقول المخصص لخدمة العقار انما يعتبر عقارا بالتخصيص لأن العقار الذى خصص المنقول لخدمته هو الذى يضفى عليه صفة العقار، فلابد اذن من أن يكون المنقول قد خصص لخدمة العقار حتى تنتقل صفة العقار الى المنقول • أما اذا كان المنقول قد خصص ، لا لخدمة العقار ، بل لخدمة شخص مالك العقار ، فانه ينعدم التلازم ما بين المنقول والعقار ، ولا يعود ثمة محل لاضفاء صفة العقار على المنقول • فلو أن صـــاحب الفندق قد أعد لنفسه غرفة خاصة فى الفندق لاستراحته عند الحاجة ، وأثث هذه الغرفة بأثاث خاص به بحيث لو انتقلت ملكية الفندق الى غيره لكان من الطبيعى أن ينتزع هذا الأثاث الذى أعده لشخصه ، فان الأثاث يكون فى هذه الحالة قد خصص لخدمة صاحب الفندق شخصيا لا لخدمة الفندق ، ومن ثم يبقى منقولا على طبيعته ولا يصبح عقارا بالتخصيص• أما مفروشات الفندق وأثاثاته ، فهذه قد خصصت لاستغلال الفندق ذاته، ومن ثم تصبح عقارا بالتخصيص • وكذلك لو أعـــد صاحب الفنـــدق أو صاحب المصنع أو صاحب المزرعة سيارة لاستعماله الشخصى ، فـــان هذه السيارة تبقى منقولا لأنها لم تخصص لاستغلال العقار ، بل خصصت لخدمة صاحب العقار شخصيا ، أما اذا ألحق بالفندق أو المصنع أو المزرعة سيارة لنقل نزلاء الفندق أو منتجات المصنع أو محصولات المزرعة ، فان السيارة تكون فى هذه الحالة قد خصصت لاستغلال العقار ، ومن ثـــم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٧ .

تصبح عقارا بالتخصيص (١) .

٢ — ولا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة (demeure à perpétuelle) ، أما فى التقنين المدنى الفرنسى ، فقد رأينا من نصوصه التى أوردناها (٢) أن هناك عقارا بالتخصيص يضعه المالك لخدمة العقار الأصلى واستغلاله (م ١/٥٢٤ و ٢ مدنى فرنسى) ، وهذا لا يشترط فيه أن يكون تخصيصه بصفة دائمة لأن النص لم يشترط ذلك . وهناك عقار بالتخصيص وضعه المالك لتزيين العقار الأصلى ، ويشترط النص صراحة أن يكون تخصيصه بصفة دائمة ، وقد يكون لهذا التخصيص الدائم علامة مادية هى أن يكون العقار بالتخصيص ملصقا بالعقار الأصلى بالجبس أو الاسمنت ، وذلك كالمرايا وألواح التصوير والتماثيل (م ٣/٥٢٤ وم ٢٥ مدنى فرنسى) (٣) ، ولكن التقنين المدنى المصرى لم يحذ حذو التقنين المدنى الفرنسى فى هذا التمييز بين التخصيص للخدمة والاستغلال والتخصيص على سبيل الدوام ، وهو تمييز ينتقده بعض الفقهاء الفرنسيين (٤) . وكل مايطلبه التقنين المدنى المصرى هو تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله (م ٢/٨٢ مدنى) . ويستوى أن يكون التخصيص لاستغلال العقار استغلالا زراعيا أو صناعيا أو تجاريا أو مدنيا ، أو أن يكون لخدمة العقار واستعماله ، أو حتى أن يكون لتزيين العقار فان التزيين يدخل فى عموم « خدمة » العقار ، وسنرى تفصيل

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ — بيدان وفواران فقرة ١١٥ — جولف فقرة ٧٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٥١ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٥٣ — شفيق شحاته فقرة ٤٧ ص ٦٤ — حسن كيرة فقرة ٢٨ ص ٨٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٢ .

(٣) انظر فى تبرير هذا التمييز لوران ٥ فقرة ٤٣٤ وفقرة ٤٤١ — بودرى وشوفو فقرة ٦١ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١ ص ٩٤ وهامش ٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٦٢ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٨ — كاربونييه ص ٦٨ — ص ٦٩ .

ذلك فيما يلى . واذا كان التخصيص لتزيين العقار ، فلا يشترط التقنين المصرى كما اشترط التقنين الفرنسى أن يكون التخصيص على سبيل الدوام ، ومن باب أولى لا يشترط الدوام اذا كان التخصيص للخدمة أو للاستغلال .

واذا كان لا يشترط أن يكون التخصيص على سبيل الدوام ، فانه لايجوز مع ذلك أن يكون تخصيصا عارضا لمدة موقوتة قصيرة ، بل يجب أن يكون على سبيل الثبات والاستقرار ، فان هذا وحده هو الذى يبرر اضفاء صفة العقار على المنقول . ولا يمنع من أن يكون التخصيص ثابتا مستقرا أن ينقطع انقطاعا عارضا موقتا ، فقد تنقل المواشى من الأرض الزراعية نقلا عارضا لعلاجها مثلا ، وبالرغم من هذا النقل العارض تبقى المواشى مخصصة لاستغلال الأرض على سبيل الثبات والاستقرار فتبقى عقارا بالتخصيص ، حتى فى المدة التى انتقلت فيها (١) .

٣ — ولا يشترط أن يكون التخصيص ضروريا ، بل يكفى التخصيص لخدمة العقار أو استغلاله ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك . وهذا بخلاف القانون المدنى الفرنسى ، فان الرأى السائد فيه هو أن يكون التخصيص ضروريا (٢) . أما فى التقنين المدنى المصرى ، فالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى صريحة فى أنه لا يشترط أن يكون التخصيص ضروريا ، اذ تقول كما رأينا (٣) : « ولا يشترط أن يكون المنقول لازما أى ضروريا لخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفى تخصيصه

---

(١) جولف فقرة ٧١ ص ١٦٨ — اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٧ — حسن كيرة فقرة ٢٨ ص ٨٢ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٦١ ص ٦٠ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ ص ٨٥ — جولف فقرة ٧٥ — كاربونيه ص ٧٣ — ص ٧٤ — نقض فرنسى ٣١ يوليه سنة ١٨٧٩ داللوز ٨٠ — ١ — ٢٧٣ — ٩ ديسمبر سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ — ١ — ١٣٥ — ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ١٥٣ — ١٩ اكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٨٥٧ .

(٣) انظر آنفا نفس الفقرة .

لهذه الخدمة أو الاستغلال ، ولولم تكن هناك ضرورة تقتضى ذلك » .

ولا تكفى ارادة المالك وحدها ليكون المنقول عقارا بالتخصيص ، بل يجب أن يقوم الى جانب الارادة جانب الواقع . ومعنى ذلك أن المالك لا يستطيع بارادته وحدها أن يلحق منقولا بعقار فيجعله بهذه الارادة عقارا بالتخصيص ، بل يجب فوق ذلك أن يخصص هذا المنقول تخصيصا فعليا لخدمة العقار أو استغلاله (١) .

وقد بينت المذكرة الايضاحية . فيما رأينا (٢) . أنواع الخدمة والاستغلال ، فقالت فى هذا الصدد : « وقد توسع المشروع فيها (العقارات بالتخصيص) . فلم يقصرها كما فعل التقنين الحالى (السابق) على الآلات اللازمة أى الضرورية للزراعة والمصانع (م٤/١٨) بل نص عليها فى صيغة عامة تجعلها تشمل كل منقول يضعه مالكه فى عقار مملوك له ، ويخصص اما لخدمة العقار كالتماثيل التى توضع على قواعد مثبتة ، واما لاستغلاله كالآلات الزراعية والصناعية ومفروشات الفنادق والرفوف والخزائن والمقاعد المخصصة لاستغلال المحال التجارية الخ ». ويتضح من ذلك أن التخصيص يهدف الى أحد أغراض أربعة : ١ — الاستغلال الزراعى . ٢ — الاستغلال الصناعى . ٣ — الاستغلال التجارى ٤ — خدمة العقار وتزيينه (ويدخل فى ذلك الاستغلال المدنى) .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٦٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢ وفقرة ٩٠ — شفيق شحاته فقرة ٥١ .

ويتبين من ذلك ان التخصيص عمل مختلط (acte mixte) ، فهو مزيج من الارادة والعمل المادى ، ولكن عنصر العمل المادى فيه هو الغالب ، شأن التخصيص فى ذلك شأن الاستيلاء . ومن ثم يمكن اعتباره ، تبعا لعنصره الغالب ، واقعة مادية لا تصرفا قانونيا . ولا يمنع ذلك من وجوب قيام ارادة التخصيص ، فهذه الارادة ، اذا لم تكن كافية وحدها ، فانها مع ذلك ضرورية ليتم التخصيص . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التخصيص لا يتحقق فى منقولات وضعت فى عقار اعطى مهرا ، اذا لم تتجه ارادة المالك الى ذلك (نقض فرنسى ٢١ ابريل سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٥ — ١ — ٢٩٢) — ويذهب بعض الفقهاء الى أن التخصيص تصرف قانونى يصدر من جانب واحد (شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦٣) .

(٢) انظر آنفا نفس الفقرة .

١٦ ــ الاستغلال الزراعي(expioitation agricole) :

هناك أمثلة كثيرة متنوعة على التخصيص بقصد الاستغلال الزراعي. وقد أورد التقنين المدني الفرنسي منها في المادتين ٥٢٢و٥٢٤ منه جملة وافرة كما رأينا (١) حيث كانت الزراعة هي الغالبة وقت وضع هذا التقنين ، وكلها يصدق عليها أنها عقار بالتخصيص طبقا لأحكام التقنين المصري ، فنستعرضها في ايجاز ، وقد وردت كما قدمنا على سبيل المثال لا على سبيل الحصر (٢) :

١ ــ المواشي المخصصة للزراعة :ذلك كالبقر والجاموس والحمير والبغال والخيل والجمال وغيرها من الحيوانات التي تستعمل في الحرث والجر والحمل ، فهذه قد ألحقت بالأرض الزراعية لاستغلال الأرض ، ومن ثم تعتبر عقارا بالتخصيص . ولا يمنع من ذلك أن يكون في عزم المالك أن يبيع هذه المواشي أو أن يذبحها ، بعد أن تخدم الأرض المدة الكافية وبعد أن تصبح غير صالحة للاستغلال الزراعي (٣) . ويكفي ، لتكون المواشي مخصصة للاستغلال الزراعي ، أن يضع المالك قطيعا من الغنم في الأرض الزراعية وغرضه الرئيسي من ذلك تسميد الأرض (٤) . وقد يعمد المالك الى تربية المواشي في أرضه ، وغرضه الرئيسي من ذلك أن ينتفع بألبانها أو بلحمها ، ففي هذه الحالة لا تعتبر المواشي عقارا بالتخصيص حتى لو انتفع بها عرضا لتسميد الارض ، لان الغرض الرئيسي من وضعها في الأرض ليس هو خدمة الأرض واستغلالها ، بل تربيتها في الأرض حيث ترعى وتنمو ، فهي التي تنتفع بالأرض لا الأرض هي

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٢ .

(٢) فالقاضي اذن ، في الاستغلال الزراعي وفي غيره من أنواع الاستغلال والخدمة الأخرى ، هو الذي يبت فيما اذا كان المنقول قد أعد لاستغلال العقار أو لخدمته تبعا لظروف القضية ، والمسألة مسألة واقع (بودري وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٥) . فاذا تبين ان أرضا زراعية لا تصلح الا لتربية المواشي وبيعها بعد ذلك ، فان المواشي تعتبر في هذه الحالة عقارا بالتخصيص اذ هي موجودة لاستغلال الأرض (اسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٦) .

(٣) بودري وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٦ .

(٤) أوبري ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص٢٢ ــ بودري وشوفو فقرة ٦٦ ص٦٦ .

التى تنتفع بها (١) . وكذلك لا تعتبر عقارا بالتخصيص ، من باب أولى، الدواجن والأرانب وغيرها مما يربيه المالك فى أرضه لبيعه أو الانتفاع ببيضه ولحمه (٢) . والاجماع منعقد على أنه لا يعتبر عقارا بالتخصيص الحيوانات المخصصة لخدمة المالك لا الأرض ، كالخيـــل المعـــدة للصيد أو لجر المركبات التى يستعملها المالك فى تنقلاته (٣) .

وقد يؤجر المالك أرضه الزراعية ، ويؤجر معها مواشى يخصصها لزراعة هذه الأرض ، فيتسلم المستأجر أو المزارع الأرض ومعها المواشى وقد أصبحت هذه عقارا بالتخصيص بعد أن ألحقهـــا المالك بالأرض للاستغلال الزراعى. فيستوى اذن أن يتولى المالك استغلال الأرض بنفسه ومعها المواشى التى خصصها لزراعة الأرض ، وأن يسلم الأرض والمواشى بعد أن أصبحت عقارا بالتخصيص لمستأجر أو مزارع يستغل الأرض والمواشى . وقد أفرد التقنين المدنى الفرنسى لهذه الصورة الأخيرة نصا خاصا ، فقضت المادة ٥٢٢ منه بأن « المواشى التى يسلمها مالك الأرض للمستأجر أو المزارع لأعمال الزراعة ، سواء قومت أو لم تقوم ، تعتبر عقارا مادامت مرتبطة بالأرض بموجب الاتفاق — أما تلك التى يعطيهـــا ايجارا لغير المستأجر أو المزارع، فتكون منقولا (٤) » وبديهى أن المواشى التى يؤجرها المالك الى غير مستأجر الأرض أو المزارع لا تعدو أن تكون منقولا أجره صاحبه ، لأنها لم تؤجر مع الأرض الزراعية حتى تضفى

---

(١) اوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٥٢ ص ٨٧٤ — محمد على عرفة فقرة ٦١ ص ٨٨ — نقض فرنسى ١٩ اكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٨٥٧ — عكس ذلك بودرى وشوفو فقرة ٦٦ — ص ٦٧ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤١ — نقض فرنسى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ داللوز الاسبوعى ١٩٢٦ — ٢٠٦ .

(٢) اوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٢ — بودرى وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٥ .

(٣) ديمولومب ٩ فقرة ٢٤٠ — لوران ٥ فقرة ٤٤٤ — بودرى وشوفو فقرة ٦٦ ص ٦٧ .

(٤) انظر آنفا فقرة ١٢ فى الهامش .

عليها الأرض صفة العقار بالتخصيص . فلابد اذن ، حتى تصبح المواشى أو أى شىء آخر يخصص لزراعة الأرض كالآلات الزراعية والتبن والسماد (١) . عقارا بالتخصيص ـ أن تؤجر مع الأرض الزراعية حتى تكون مخصصة لزراعة هذه الأرض ـ ويستوى فى ذلك أن تكون المواشى قد قومت أو لم تقوم . فانها اذا قومت فلا يعنى ذلك أن ملكيتها قد انتقلت الى المستأجر ـ والا لأصبح مالك المواشى غير مالك الارض واختل شرط اتحاد المالك . وانما فائدة التقويم هى أن تنتقل تبعة هلاك المواشى الى المستأجر أو المزارع ـ ويصبح هذا ملزما برد مواش تعادل قيمتها قيمة المواشى الاصلية ( ) . ومن ثم تبقى المواشى ـ حتى لو قومت ـ ملكا لصاحب الأرض ـ فله أن يبيع الأرض وتتبعها المواشى التى أصبحت عقارا بالتخصيص ، ويلتزم المشترى باحترام حق المستأجر أو المزارع بالشروط التى قررها القانون ـ ولدائن صاحب الأرض أن يوقع الحجر على الأرض حجزا عقاريا ، فيشمل الحجز المواشى بعد أن أصبحت عقارا بالتخصيص (٣) . أما المستأجر أو المزارع فليس له الا حق الانتفاع بالأرض وبالمواشى وحق ادارتها ، ويدخل فى أعمال الادارة بيع ما يكاد ينفق من المواشى أو ما أصبحت الاستفادة به غير كاملة لاحلال غيره محله ـ فلايجوز له اذن بيع المواشى فى غير حدود أعمال الادارة ، ولايجوز لدائنه الحجز عليها حجز المنقول (٤) .

٢ ـ آلات الحرث والآلات الزراعية الأخرى : فآلات الحرث واضح تخصيصها للزراعة، فتلحق بالأرض وتصبح عقارا بالتخصيص(٥)

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٦٥ .
(٢) بودرى وشوفو فقرة ٦٤ ص ٦٣ ـ ص ٦٤ .
(٣) استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٢ .
(٤) بودرى وشوفو فقرة ٦٤ ص ٦٤ ـ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٦ ـ كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤١ ـ نقض فرنسى ٦ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ ـ ١ ـ ٤٢٩ .
(٥) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص٥٩ ـ ٢٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٤٦ ـ ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٩ .

وكآلات الحرث آلات الحصاد وآلات الرى ، فانها تصبح أيضا عقـارا بالتخصيص اذا خصصت لزراعة الأرض ، وقد تكون بعض هذه الآلات مندمجة فى الأرض . فتصـبح جزءا منها وتكون عقارا بطبيعته (١) • وكذلك حكم السواقى والشواديف والنوارج •

٢ — **البذور والتبن والسماد** : فالبذور التى خصصها المالك لبـذر الارض ، او التى أعطاها للمستاجر او المزارع ليبذر بها الأرض ، تعتبر عقارا بالتخصيص • وقد يحتجز المالك فى آخر السنة الزراعية جزءا من المحصول يخصصه للبذر ، فيصبح هذا الجزء عقـارا بالتخصـيص ، أما بقية المحصول بعد فصله من الأرض فانه يصبح منقولا ، والبـذور تكون عقارا بالتخصيص قبل دفنها فى الأرض ، أما اذا دفنت فانها تصبح عقارا بطبيعته (٢) •

والتبن والسماد ، وهى مواد أعدت لتسميد الأرض ، تعتبر عقارا بالتخصيص اذا هى ألحقت بالأرض لتسميدها ، سواء كان المالك هو الذى فعل ذلك كما هو الغالب ، او فعل ذلك المستأجر وفاء لما اشترطه عليه المالك من ترك التبن والسماد فى الارض عند انتهاء الاجارة فان هذه المواد فى هذه الحالة تؤول ملكيتها الى مالك الارض وقد ألحقت بالأرض لتسـميدها فتصبح عقارا بالتخصيص (٣)• ويكون التبن والسماد عقارا بالتخصيص ملحقـا بالأرض فى مجموعها ، بجزء أو أجزاء معينة (٤) • ولا يكون

---

(١) انظر آنفا فقرة ١١ فى آخرها .

(٢) بودرى وشـوفو فقرة ٦٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ •

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٧٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٢ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكـار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ — ويترتب على ذلك ما يأتى : (أ) اذا باع المالك كل الارض صفقة واحدة ، دخل التبن والسـماد فى البيع . (ب) اذا اقتطع المالك جزءا من الأرض وباعه ، لم يكن للمشترى حق فى جزء من التبن والسماد يناسب الجزء من الأرض الذى اشتراه . (ج) اذا باع المالك كل الأرض اجزاء متفرقة لمشترين متعددين، لم يجز لأحد من =

التبن عقارا بالتخصيص الا اذا أعد لتسميد الارض ، أما اذا أعد غــذاء للماشيه فانه يكون منقولا لأنه ألحق بالماشية وهي ليست عقارا بطبيعته (١)

٤ — **حمــام الأبراج وأرانب الأوكار وخــلايا النحل ودود القز واسماك البرك** : هذه كلها وغيرها حيوانات تربى عادة داخل الاراضى الزراعية . وتخصص لخدمتها . اذ هي تتغذى منها وفى الوقت ذاته تضيف الى ما تغله الأرض من ريع فتزيد فى الانتاج . ومن هذه الناحية تكون هذه الحيوانات مخصصه لاستغلال الارض الزراعيه ، ومن ثم تكون عقارا بالتخصيص (٢) .

٥ — **المعاصر والمراجل والانابيب والخوابى والدنان** : وكل شيء آخر أعد لتخزين المحصول الزراعي وحفظه يعتبر ملحقا بالأرض الزراعيه، ومن

= المشترين ان يختص بجزء من التبن والسماد ، ومن ثم يبقى التبن والسماد ملكا للبائع ويتحول الى منقول بطبيعته . انظر كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٢ — محمد على عرفة فقرة ٦٤ .

(١) اوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٣ هامش ٤٣ — لوران ٥ فقرة ٤٥٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٧ .

(٢) وتختلف عن التبن والسماد فى أنها تعتبر مخصصة للجزء من الأرض الذى فيه البرج أو الوكر أو البركة الخ ، فاذا باع المالك شيئا من ذلك تبعه كل الحيوانات (كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٣) . وانظر فى ان خلايا النحل عقار بالتخصيص : استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢١٥ .

ولم يرد فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٥٢٤) ذكر دود القز ، وكان قد اقترحت اضافته الى خلايا النحل فى مشروع التقنين فرفض الاقتراح (فينيه ١ ص ٣٠) . ومع ذلك فان الفقه الفرنسى الحديث يدخل دود القز فى عداد العقارات بالتخصيص ، متذرعا بأن التعداد الذى ورد للعقارات بالتخصيص فى التقنين المدنى الفرنسى لم يرد على سبيل الحصر (بودرى وشوفو فقرة ٧٠ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٦ — ص ٨٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٥٢ ص ٨٧٤ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٣ — وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٢ فقــرة ١٦٤ ص ٢٤ — انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (Biens) فقرة ١٦٩) .

ثم يكون عقاراً بالتخصيص • وقد عنى التقنين المدنى الفرنسى بذكر المعاصر والمراجل والدنان والخوابى ، وهى أوان لتقطير الخمور وحفظها لانتشار زراعة العنب فى فرنسا من أجل تقطيره خمرا • واذا كان المعد لحفظ المحصول لايبقى فى الارض على سبيل الثبات والاستقرار بل يتبع المحصول ويباع معه ، كأكياس القطن وبراميل النبيذ ، فانه لا يعتبر عقارا بالتخصيص بل يكون منقولاً (١) •

١٧ — الاستغلال الصناعى (exploitation industrielle) :

وكل ما ورد فى شأن الاستغلال الصناعى فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٥٢٤ / ٢) العبارة الموجزة الاتية : « الالات الضرورية لاستغلال معامل الحديد ومعامل الورق والمعامل الأخرى » • وهذا طبيعى ، اذ لم تكن الصناعة فى فرنسا وقت وضع التقنين المدنى الفرنسى الا فى دور الطفولة • أما الان ، بعد أن خطت الصناعة خطوات بعيدة حتى فى الدول النامية ومنها مصر ، فان من المتفق عليه أن يكون عقارا بالتخصيص جميع الآلات والمعدات والأجهزة التى توضع فى المصنع لتشغيله ، أيا كان هذا المصنع وأيا كانت الآلات والمعدات والأجهزة • فسواء كان المصنع معدا للصناعات الثقيلة كالحديد والصلب والآلات والماكينات ، أو كان معدا للصناعات الخفيفة كالغزل والنسيج والأحذية والأثاث والصابون والورق والزجاج والروائح وتقطير الكحول وغير ذلك من المواد الاستهلاكية ، ومهما بلغ حجم الالات والمعدات والأجهزة الموضوعة فى المصنع لتشغيله، كبر هذا الحجم أو صغر ، فان هذه الآلات والمعدات والأجهزة تعتبر عقارا بالتخصيص ما دامت قد خصصت لتشغيل المصنع ، وكان مالكها هو نفس مالك المصنع • ويعتبر كذلك عقارا بالتخصيص العربات والمركبات والخيل المخصصة لأعمال المصنع ، وكذلك الآلات المولدة

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥ ص ٨٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ — فقرة ٢٦٥٢ ص ٨٧٤ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٢٦ — محمد على عرفة فقرة ٦٣ •

للكهرباء (١) .

والمفروض بطبيعة الحال أن يكون المصنع عقارا بطبيعته ، ويكون عادة مبنى ضخما بجميع توابعه وملحقاته . فعندما توضع فى هذا العقار الآلات والمعدات الصناعية المخصصة لتشغيل المصنع ، يضفى العقار على هذه الآلات والمعدات صـــفة العقار بالتخصيص ، ما لـم تكن الآلات والمعدات قد اندمجت فى العقار وأصبحت جزءا منه فتصبح عندئذ عقارا بطبيعته . وعلى ذلك لا تكون الآلات والمعدات عقارا بالتخصيص اذا لم يكن هنات عقار أصلى يضفى عليها هذه الصفة ، فآلات النســيج التى يملكها نساج يعمل فى منزله ، والأدوات الصناعية التى يملكها الصانع وينتقل بها من مكان الى آخر لمباشرة مهنته ، كل هذه غير ملحقة بعقار أصلى أعد للصناعة . ومن ثم لا تكون عقاراً بالتخصيص بل منقـــولا بطبيعته (٢) .

وتعتبر كذلك عقارا بالتخصيص المواد الخام الموضوعة فى المصنع والمعدة للصنع . أما منتجات المصنع التى تم صنعها فهى منقول بطبيعته لا عقارا بالتخصيص . شأنها فى ذلك شأن المحصولات الزراعية بعـــد انفصالها عن الأرض ، وشأن البضائع التى توجد فى المتجر وتكون معدة للتـــداول .

١٨ — الاستغلال التجارى (exploitation commerciale)

لمـــا كان المفروض أن هنات عقارا بطبيعته هو الذى يضفى على

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٨١ — فقرة ٨٢ — وقد قضى بأن اســلاك التلفون تعتبر عقارا بالتخصيص بالنسبة الى معمل توليد الكهرباء ، لا بالنسبة الى منازل المشتركين (مصر الكلية ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٢٦١) . وقضى بأن آلات المطبعة المقامة فى مكان أعد لها خصيصا تعتبر عقارا بالتخصيص ، ويحجز عليها حجزا عقاريا (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٦٧) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٧٤ ص ٧٢ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٣ ص ٢٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦ ص ٨٨ — محمد على عرفة فقرة ٦٩.

العقار بالتخصيص صفة العقار . فانه يجب التمييز ، فى الاستغلال التجارى ، بين المتجر (fonds de commerce) الذى هو منقول معنوى وبين العقار الذى تباشر فيه التجارة . وكثيراً ما يكون هذا العقار غير مملوك لصاحب المتجر . بل يكون هذا قد استأجره فيدخل الحق فى الايجار ضمن عناصر المتجر . ولا يكون هناك محل لاعتبار الأدوات والمعدات التجارية عقارا بالتخصيص اذ هى غير ملحقة بعقار يملكه صاحب المتجر . وحتى لو كان العقار الذى يباشر فيه صاحب المتجر تجارته مملوكا له . فهو فى أكثر الأحوال غير مهيا تهيئه خاصة للتجارة ، اذ يكون عقارا صالحا — فى الحال أو بعد ادخال تعديلات بسيطة فيه لاتغير من كيانه — للتجارة ولغيرها من الأغراض ، كأن يكون مكتبا أو مسكنا . وهذا بخلاف المصنع . فانها بحكم بنائها وتهيئتها لا تصلح غالبا الا للصناعة . وحتى يكون هناك عقار تجارى يمكن أن يضفى على المنقولات المعدة لاستغلاله صفة العقار بالتخصيص ، يجب أن يكون هذا العقار مهيأ تهيئة خاصة للتجارة (١) . ويقع ذلك فى بعض الأحوال ، فهناك متاجر كبرى تبيع بضائعها للمستهلكين مباشرة أو تبيعها بالجملة ، وتشيد لمباشرة أعمالها عقارات ضخمة تهيئها تهيئة خاصة لنوع التجارة الذى تمارسة ، كمحلات شيكوريل وعمر افندى وأركو وجاتينيو وبنزايون والصالون الأخضر وغيرها من المحلات المعروفة (٢) . فمثل هذه المحال عقارات أعدت خصيصا للتجارة ، ومن ثم تكون المنقولات التى وضعت فيها وخصصت للاستغلال التجارى عقارا بالتخصيص مادام مالك العقار هو المالك لهذه المنقولات (٣) . وذلك كالأثاث والمفروشات التى

---

(١) فيكون هذا العقار وكذلك العقارات بالتخصيص الملحقة به جميعها داخله ضمن عناصر المتجر ، الذى هو منقول معنوى كما تقدمنا .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٧٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن تعتبر المنقولات التى رصدها المالك لخدمة عقاره المستغل استغلالا تجاريا بمعرفته عقارا بالتخصيص ، وليس بلازم لاعتبارها كذلك ان تكون مثبتة بالعقار على وجه القرار (نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ١ ص ٣٠١) .

أثثت بها هـذه المحال لاستغلالها ، وكالمركبات والعـربات والخيل التي خصصت لعمليات النقل المتعلقة بالتجارة ، وكالأجهزة الكهربائية والأدوات والمعدات الاخرى التي وضعت في هذه المحال للاستغلال التجاري . أما المتجر نفسه ، وهـو منقول معنـوي كما قدمنا ، فـلا يكون عقـارا بالتخصيص (١) .

ومن العقارات التي تشيد مع تهيئتها تهيئة خاصة للتجارة الفنادق ، والبنسيونات والمطاعم والمقاهي ، فكثيراً ما يشيد العقار ليكون فندقا أو بنسيونا أو مطعما او مقهى منذ البداية . فيعد أعـدادا خاصا لهـذا الغرض ، بحيث يدرك من يلقي نظرة عليه لأول وهلة أنه لا يمكن الا أن يكون ذلك . ففي هذه الحالة تكون المنقولات الموضوعة في هذا العقار لاستغلاله التجـاري ، من اسرة وابسطة وسجاجيد ومفروشـات وآثاث وكراسي ومناضد وآجهزة كهربائية وآدوات للطبخ والأكل وغير ذلك ، عقارا بالتخصيص (٢) .

كذلك الحال فيما يتعلق بقاعات السينما والمسارح ، فهذه تشيد تشـييداً خاصا ، ولا تكاد القاعة تصـلح الا للسـينما أو المسرح أو

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ .
(٢) كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٣ — كاربونييه ص ٦٨ — محمد علي عرفة فقرة ٧٢ — شفيق شحاته فقرة ٤٦ ص ٦١ — عبد المنعم البدراوي في المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٥٠ ص ٣٤٧ وفقرة ٢٥١ ص ٣٤٩ — اسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ١٠٦ — منصـور مصطفى منصور في نظرية الحق ص ٢٥٦ — عكس ذلك اوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٦ وص ٣٠ — ديمولومب ٩ فقرة ٢٦٤ . وتقضي محكمة النقض الفرنسية بأنه المسألة مسألة واقع بحسب النية وظروف كل حالة (نقض فرنسي ٣١ يولية سنة ١٨٧٩ داللوز ٨٠ — ١ — ١٢٥ — ٩ ديسـمبر سنة ١٨٨٥ داللوز ٨٦ — ١ — ١٢٥ — ٢ اغسطس سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧ — ١ — ٢٩٣ — وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٢٤ — أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (Biens) فقرة ٢٥٤ — فقرة ٢٦٥ .
وانظر فيما يتعلق بالبراسيرى (brasserie) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٩٠ — نقض فرنسي ٢٤ يناير سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٣٣٧ — ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ١٥٣ .

للاجتماعات والحفلات العامة . فكل ما يوضع فيها من منقـــولات لاستغلالها استغلالا تجاريا . كالكراسى وأجهـزة الاضـاءة والسـتائر والديكور وما يوضع على خشبة المسرح من أبسطة وسجاجيد ومفروشات وأدوات اطفاء الحريق وغير ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص (١) .

وكذلك الحال فيما يتعلق بالمصارف . فان العقـار الذى يشـيد ليستخدم مصرفا يهيأ تهيئة خاصة لذلك بحيث يدرك من يراه لأول وهلة أنه مصرف . فالمنقولات التى توضع فى هذا العقار لتيسير الأعمـال المصرفية . من أثاث وأوراق وكراسى ومكاتب وخزائن . كل هذا يعتبر عقارا بالتخصيص (٢) .

والكازينوهات فى مدن المياه المعدنية والحمامات تشيد عقاراتهـا وتهيأ تهيئة خاصة للغرض المقصود . فما تحويه من منقولات لاستغلالها، كالفرونسـات ومناضد اللعب والأوانى والقوارير وأدوات الاسـتحمام وغير ذلك . تعتبر عقارا بالتخصيص (٣) .

وتحديد أى المنقولات قد خصص للاستغلال التجارى ، حتى يعتبر عقارا بالتخصيص ، يختلف باختلاف الظروف ، وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى ذلك متمشيا فى كل حالة مع ما يناسبها (٤) .

أما البضائع التى يحتويها المتجر والتى تعد للبيع والتداول ، فانها اذا نظر اليها عـلى استقلال لا تكون عقارا بالتخصيص بل هى منقــول

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٨٠ وفقرة ٨١ ص ٧٧ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٦ وص ٣٠ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٩٠ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٥٤ — محمد على عرفة فقرة ٧١ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٣٠ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ — ص ٩٠ — انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ (Biens) فقرة ٢٦٩ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٧٩ ص ٧٥ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٢٤ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ٧٧ — فقرة ٧٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧ ص ٨٩ — نقض فرنسى ٨ فبراير سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ١٥٣ .

بطبيعته ، واذا نظر اليها كعنصر مادى من عناصر المتجر فانها تتبع المتجر وتندمج فى مجموعته وتعتبر منقولا معنويا • وذلك هو أيضا حكم شارة المتجر (enseigne)، ولكن الاسم التجارى (nom commercial) لا يعتبر منقولا طبيعيا ولا عقارا بالتخصيص ، بل هو عنصر معنوى من عناصر المتجـــر (١) •

١٩ — خدمة العقار وتزيينه والاستغلال المدنى :

وليس من الضرورى ، ليكون المنقول عقارا بالتخصيص ، أن يكون مخصصا للاستغلال أصلا : زراعيا كان الاستغلال أو صناعيا أو تجاريا ، بل يكفى أن يكون مرصودا لخدمة العقار الأصلى • ومعنى ذلك أن يكون مالك العقار الأصلى لا يستغل هذا العقار اطلاقا بل يستعمله لحاجته الشخصية ، كمنزل يسكنه صاحبه أو طابق فى مبنى يستعمله صاحبه مكتبا له • فما يوضع فى هذا البناء من منقولات رصدا على خدمته ، كأبسطة السلم وأدوات النظافة وأجهزة الاضاءة ومضخات اطفاء الحريق وصندوق البريد واللافتة وغير ذلك من المنقولات المملوكة لصاحب البناء والتى يضعها فيه على سبيل الثبات والاستقرار لخدمته ، يعتبر عقارا بالتخصيص (٢) • أما الأثاث والمفروشات وغير ذلك من المنقولات المعدة للاستعمال الشخصى فلا تعتبر عقارا بالتخصيص، وانما هى منقول بطبيعته (٣) • وهذا بخلاف أثاث الفنادق والبنسيونات ومفروشاتها ، فانها تعتبر عقارا بالتخصيص لأنها غير مرصودة لخدمة صاحب الفندق أو البنسيون ، بل هى مخصصة للاستغلال التجارى وقد سبقت الاشارة الى ذلك (٤) •

---

(١) ديمولومب ٩ فقرة ٢٨٣ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٣٠ — بودرى وشوفو فقرة ٨٤ •

(٢) أما الابواب والشبابيك والاقفال والمصاعد والأسوار والأدوات الصحية ، فقد رأينا انها هى وغيرها تعتبر عقارا بطبيعته لا عقارا بالتخصيص (انظر آنفا فقرة ١١) •

(٣) كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٢٦ ص ٧٤٤ •

(٤) انظر آنفا فقرة ١٨ •

واذا كانت المبانى محالا للعبادة ، كالمساجد والكنائس ، فما وضع فيها من منقولات خصص للعبادة أى لخدمة المسجد أو الكنيسة يكون عقارا بالتخصيص مادام مملوكا لمن أنشأ محل العبادة ، ويكون فى حالة المسجد موقوفا مثله . فيكون عقارا بالتخصيص منبر المسجد وكرسى القارىء والسجاجيد والأبسطة والحصر ، كما يكون عقارا بالتخصيص نواقيس الكنيسة والأرغن والمقاعد الخشبية وألواح التصوير (١) .

وقد يوضع المنقول فى العقار لتزيينه ، وقد رأينا أن التقنين المدنى الفرنسى (م ٥٢٥) يشترط فى هذه الحالة أن يكون المنقول ملصقا بالعقار بالجبس أو بالجير أو بالأسمنت (٢) حتى يكون موضوعا على سبيل الدوام (demeure à perpétuelle)، وذلك فيما عدا التماثيل . أما التقنين المدنى المصرى فلم يرد فيه لا شرط الالصاق ولا شرط الوضع على سبيل الدوام ، ومن ثم يكون حكم المنقول المعد لتزيين العقار هو حكم المنقول المرصود لخدمته . فما وضع فى المبانى لتزيينها ، كالمرايا وألواح التصوير والتماثيل ، مادامت مملوكة لصاحب المبنى وموضوعة فيه على سبيل الثبات والاستقرار ، وليس ضروريا أن يكون على سبيل الدوام ، يكون عقارا بالتخصيص ، دون حاجة لأن يلصق بالمبنى كما يشترط التقنين المدنى الفرنسى (٣) .

وقد رأينا مما تقدم أن المنقول قد يوضع فى عقار لخدمته أو لتزيينه، فيعتبر عقارا بالتخصيص. والمفروض فى ذلك ، كما قدمنا ، أن مالك العقار هو الذى يستعمل العقار بنفسه . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يضع مالك العقار المنقول الذى يملكه لخدمة العقار أو لتزيينه على الوجه الذى قدمناه ، وبدلا من أن يستعمل العقار بنفسه يستغله بأن يؤجره مثلا

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٨٣ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٨ ص ٩٠ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٥٦ — انسيكلوبيدى داللوز ١ (Biens) فقرة ٢٧٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٢ .

(٣) عكس ذلك استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠ .

الغير • ففى هذه الحالة يبقى المنقول عقارا بالتخصيص. ويكون تخصيصه هنا لا للخدمة أو التزيين ، ولكن لما تمكن تسميته بالاستغلال المدنى (١) (exploitation civile)، وهو يقابل الاستغلال الزراعى أو الصناعى أو التجارى فيما قدمنـــاه •

٢ — الآثار تترتب على التخصيص

٢٠ — صيرورة المنقول بالطبيعة عقارا حكما :

قدمنا أنه اذا وضع منقول فى عقار لخدمته أو لاســتغلاله واتحد المالك • فان المنقول يصبح عقارا بالتخصيص . ومعنى ذلك أن المنقول، وان ظل محتفظا بطبيعته كمنقول ، يصير فى حكم العقار • فهو منقول طبيعة ، عقار حكما • وصيرورته عقارا حكما انما يكون عن طريق افتراض قانــونى (fiction légale) • ويريد القانــون من اضفاء صــفة العقار على المنقول أن يجعل هذا المنقول جزءا من العقار لا ينفصل عنه ، ومن ثم يأخذ حكم العقار عن طريق افتراض أنه هو نفسه عقار • والغرض من جعل المنقول غير قابل للانفصال عن العقار توقى ماينجم من ضرر عن هذا الانفصال ، فالمنقول قد ألحق بالعقار على سبيل الثبات والاستقرار لخدمته أو لاستغلاله ، فلو أمكن فصله عنه بالحجز عليه مثلا مســتقلا حجز منقــول ، عاد ذلك بالضرر على العقــار اذ يفقد عنصرا هاما من عناصر خدمته أو استغلاله • أما اذا اعتبر المنقول عقارا حكما غير قابل للانفصال عن العقار الأصلى ، فانه لا يمكن الحجز على المنقول مستقلا وفصله عن العقار بهذا الحجز، بل يجب الحجز على العقار الأصلى والمنقول معا باعتبارهما وحدة لا تتجزأ ، ويكون الحجز حجز عقار لا حجز منقول، وبذلك لا ينفصل المنقول عن العقار ويبقى دائما معه لخدمته أو لاستغلاله•

ويترتب على اعتبار المنقول بطبيعته عقارا حكما أن هذا المنقول يبقى مشاركا للمنقول فى طبيعته مخالفا له فى حكمه . ويصبح فى الوقت ذاته مشاركا للعقار فى حكمه مخالفا له فى طبيعته ، فهو يتميز عن المنقول فى

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ ص ٨٤ وفقرة ٩١ ص ٩٥ •

الحكم . ويتميز عن العقار فى الطبيعة ، ومن ثم وجبت مقارنته بكل من المنقول والعقار لنرى أين يختلف مع كل منهما .

٢١ — الفروق بين العقار بالتخصيص والمنقول بطبيعته :

بمجرد أن يلحق منقول بعقار ويصبح عقارا بالتخصيص ، فان هذا المنقول تسرى عليه بوجه عام أحكام العقار ، ومن ثم تقوم فروق كثيرة بين حالته بعد أن أصبح عقارا بالتخصيص وحالته عندما كان منقولا مستقلا . وقد كان التقنين المدنى السابق لا يذكر من هذه الفروق الا الحجز ، فكانت المادة ١٨/٤ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : « الا أن آلات الزراعة والماشية اللازمة لها متى كانت ملكا لصاحب الأرض ، وكذلك آلات المعامل ومهماتها اذا كانت ملكا لمالك تلك المعامل ، تعتبر أموالا ثابتة بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به » . وقد كان قصر النص لأثر العقار بالتخصيص على حالة الحجز منتقدا فى عهد التقنين المدنى السابق ، وكان ميل الفقه والقضاء الى التوسع فى النص وقياس حالات أخرى على حالة الحجز . وأكد التقنين المدنى الجديد هذا الاتجاه ، فأغفل النص على قصر الأثر على الحجز حتى تكون آثار العقار بالتخصيص أوسع نطاقا (١) .

فالنتائج التى تترتب على فكرة العقار بالتخصيص تشمل اذن الحجز وغيره ، وهى بعينها الفروق التى توجد بين العقار بالتخصيص والمنقول بطبيعته ، ونذكر من هذه الفروق ما يأتى :

١ — عندما يصبح المنقول عقارا بالتخصيص . فانه يأخذ حكم

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٧ — ولما تقدم بعض مستشارى محكمة النقض الى لجنة مجلس الشيوخ باقتراح يرمى الى اعادة النص الذى يقصر اثر العقار بالتخصيص على حالة الحجز رفضت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح « لأن التسليم بفكرة العقار بالتخصيص لا يستقيم مع قصر نطاق آثار هذه الفكرة على طائفة من النتائج دون طائفة أخرى ، ونتائج التخصيص قد تظهر فى البيع والقسمة والوصية . ولذلك آثرت اللجنة ان تبقى النص على حاله حتى يكون نطاق هذه النتائج اشمل من نطاقها الحالي » (انظر آنفا فقرة ٤ فى الهامش) .

العقار لا حكم المنقول فى صدد الحجز . فلايجوز أولا الحجز على العقار بالتخصيص مستقلا عن العقار الأصلى ، حتى لا ينفصل عنه كما قدمنا، واذا وقع الحجز فانه يوقع على العقار الأصلى والعقار بالتخصيص معا باعتبارهما عقارا واحدا لا يتجزأ ، ويكون الحجز بطبيعة الحال حجز عقار لا حجز منقول . والذى يوقع الحجز هو دائن المالك ، والمفروض أن مالك العقار الأصلى هو نفس مالك العقار بالتخصيص . ولولا فكرة العقار بالتخصيص لكان من مصلحة الدائن ، اذا كانت قيمة العقار بالتخصيص تغطى حقه . أن يقصر الحجز على هذا العقار الذى هو فى حقيقته منقول، ولكان يلجأ فى ذلك الى اجراءات حجز المنقول وهى أسرع وأقل تعقيدا وكلفة من اجراءات حجز العقار ، ولكان ينجم عن ذلك أن يباع هذا المنقول مستقلا عن العقار الأصلى فينفصل عنه ، وهذا ماأراد القانون توقيه عن طريق اضفاء صفة العقار على المنقول وجعله جزءا لا يتجزأ من العقار الأصلى ، فيوجب الحجز عليهما معا حجز عقار ، ويمنع بذلك انفصال المنقول عن العقار (١) .

٢ — اذا أصبح المنقول عقارا بالتخصيص ، ورهن العقار الأصلى رهنا رسميا أو أخذ عليه حق اختصاص ، فان الرهن الرسمى أو حق الاختصاص يمتد ليشمل العقار بالتخصيص حتى لا ينفصل هذا عن العقار الأصلى . ولو لم تضف على المنقول صفة العقار بالتخصيص وبقى منقولا على طبيعته ، لما جاز أن يمتد اليه الرهن الرسمى أو الاختصاص لأن أيا من هذين لا يقع الا على عقار ، ولانفصل المنقول عن العقار الأصلى عند التنفيذ على هذا العقار . وهذا هو ما أكدته المادة ١٠٣٦ مدنى تطبيقا لفكرة العقار بالتخصيص ، اذ نصت على ما يأتى : « يشمل الرهن ملحقات

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٩٦ ص ٨٧ وفقرة ٥٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦ .

والعبرة فى معرفة ما اذا كان المال عقارا بالتخصيص بوقت الحجز (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٣٣) .

العقار المرهون التى تعتبر عقارا ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التى تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك .. » .

٣ — ويمكن القول بوجه عام انه اذا أصبح المنقول عقارا بالتخصيص فانه يصبح غير قابل للانفصال عن العقار الأصلى ، بحيث لو وقع تعامل الأصلى فى وقت واحد، ولو أن العقار بالتخصيص ظل منقولا على طبيعته، ووقع تعامل على العقار الأصلى ، لاقتصر التعامل على هذا العقار وحده، ولانفصل عنه المنقول ، فاذا بيع العقار الأصلى ، شمل البيع العقار بالتخصيص حتى لا ينفصل هذا عن ذاك . وتقول المادة ٤٣٣ مدنى فى هذا الصدد : « يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » (١) . واذا كان هناك ملاك على الشيوع يملكون مع العقار الأصلى الشائع أموالا أخرى كلها شائعة بينهم . وقد وضعوا فى العقار منقولا رصدوه على خدمته أو استغلاله فأصبح عقارا بالتخصيص. واقتسموا بعد ذلك الأموال الشائعة ووقع العقار فى نصيب أحدهم ، فان العقار بالتخصيص يتبع العقار الأصلى ويقعان جميعا فى نصيب هذا الشريك حتى لا ينفصل العقار بالتخصيص عن العقار الأصلى (٢) . واذا أوصى شخص بمنقولاته لشخص آخر ، فلا تشمل هذه المنقولات الموصى بها العقار بالتخصيص المرصود لخدمة عقار أصلى أو استغلاله ، حتى لا ينفصل هذا العقار بالتخصيص عن العقار الأصلى (٣) ، ويمكن القول أيضا بأنه اذا رتب حق انتفاع على العقار الأصلى أو أوجر هذا العقار ، شمل كل من حق الانتفاع والاتجار مع العقار الأصلى العقار بالتخصيص، حتى لا ينفصل الثانى من الأول (٤) .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٩٦ ص ٨٧ .
(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦ .
(٣) بودرى وشوفو فقرة ٥٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦ .
(٤) حسن كيرة فقرة ٣٩ ص ٩٤ .

٤ — اذا انتقلت ملكية العقار الأصلي وكان منحقا به عقار بالتخصيص، فان العقار بالتخصيص وحقيقته منقول يعامل معاملة العقار في رسوم التسجيل، ويلحق من جزاء ذلك غبن بمن يتعامل في العقار بالتخصيص(١)٠ وهنا جاوز القانون ، باضفاء صفة العقار على المنقول ، الغرض الذى استهدفه ، وألحق بالتعامل غبنا لم يكن مقصودا بهذه الصفة الافتراضية المحضة التى أضفاها على المنقول ، وهذا الحكم من أهم المآخذ على فكرة العقار بالتخصيص ٠ وتتحايل الناس عادة اتوقى هذا الغبن ، فيبيع المالك للمشترى أولا العقار بالتخصيص مستقلا باعتباره منقولا بطبيعته ، ثم يبيعه العقار الأصلى منفصلا عن العقار بالتخصيص (٢) ٠

٢٢ — الفروق بين العقار بالتخصيص والعقار بطبيعته :

على أن العقار بالتخصيص ، اذا اعتبر عقارا حكما فطبقت عليه بوجه عام أحكام العقار على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، لايزال فى طبيعته منقولا ولم يفقد هذه الطبيعة من جراء اعتباره عقارا بالتخصيص ٠ ومن ثم يختلف عن العقار بطبيعته من وجوه ، أهمها ما يأتى :

١ — يصبح المنقول عقارا بطبيعته اذا أدمج ادماجا ماديا فى عقار أصلى بطبيعته ، ويستوى فى ذلك أن يكون من قام بعملية الادماج المادى (incorporation) هو المالك للعقار الأصلى أو غير المالك كالمستأجر وصاحب حق الانتفاع ٠ أما اذا لم يدمج المنقول ادماجا ماديا فى العقار الأصلى واقتصر على جعله عقارا بالتخصيص ، فانه من الضرورى أن يكون من قام بعملية التخصيص هو نفس مالك العقار الأصلى ، اذ يشترط فى العقار بالتخصيص اتحاد المالك ولا يشترط ذلك فى العقار بطبيعته ، يضاف الى ذلك أن المنقول اذا أصبح عقارا بطبيعته عن طريق الادماج المادى ، فانه يصبح ملكا لصاحب الأرض طبقا لقواعد الالتصاق،

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨ ص ٨٠ ٠

(٢) ولكن اذا كشف القاضى التحايل رده ، واعتبر البيعين صفقة واحدة وقعت على عقار (انظر فى هذا المسألة بودرى وشوفو فقرة ٥٠ ص ٤٧ — ص ٤٨ وص ٤٨ هامش ١ — اوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ٣١ هامش ٧٥) ٠

أما فى العقار بالتخصيص فلا تطبق قواعد الاختصاص ولسنا فى حاجة الى تطبيقها اذ المفروض أن مالك العقار الأصلى هو مالك العقار بالتخصيص (١) .

٢ — اذا أصبح المنقول عقارا بطبيعته عن طريق الادماج المادى ، فانه يفقد ذاتيته . واذا كان بائع هذا المنقول لم يقبض ثمنه فأصبح له عليه حق امتياز بائع المنقول ، فان حق الامتياز هذا يزول بفقد المنقول لذاتيته وصيرورته عقارا بطبيعته . أما اذا لم يدمج المنقول ادماجا ماديا فى العقار واقتصر على جعله عقارا بالتخصيص ، فانه لا يفقد ذاتيته كمنقول ، ويبقى البائع محتفظا بحق امتيازه عليه . وتقول الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدنى فى هذا الصدد : « ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشىء المبيع ، ويبقى الامتياز قائما ما دام المبيع محتفظا بذاتيته . وهذا دون اخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية » (٢) .

وقد قدمنا (٣) أن صاحب العقار الأصلى اذا رهنه رسميا ، امتد الرهن الى ما يوجد بالعقار الأصلى من عقار بالتخصيص . فاذا فرضنا أن صاحب العقار الأصلى اشترى منقولا ولم يدفع ثمنه . ورصده لخدمة العقار أو لاستغلاله فأصبح عقارا بالتخصيص . فان بائع المنقول يظل محتفظا بحق امتيازه كما تقدم القول . فاذا رهن المالك العقار بعد ذلك رهنا رسميا ، فان هذا الرهن يمتد الى العقار بالتخصيص كما قدمنا ، ومن ثم يقوم حقان متعارضان على هذا العقار بالتخصيص : حق امتياز بائع المنقول وحق الدائن المرتهن رهنا رسميا ، ويبدو أن العبارة الأخيرة

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٩٤ — فقرة ٩٥ .

(٢) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٤٥ ص ٨٧١ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٢٤ ص ٧٤٠ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢١ .

من الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدنى سالفة الذكر « وهذا دون اخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية » • تسوغ القول بأن حق الدائن المرتهن رهنا رسميا لا يخضع لحق امتياز بائع المنقول ، مادام هذا الدائن حسن النية أى لا يعلم بوجود امتياز البائع • والرهن الرسمى، فى الفرض الذى نحن بصدده • تال لبيع المنقول ، فاذا كان الدائن المرتهن وقت الرهن لا يعلم بوجود امتياز البائع، فان حقه يتقدم على حق البائع، والا فان حق البائع هو الذى يتقدم لأن الدائن لا يكون حسن النية ، أما اذا كان الرهن الرسمى سابقا على بيع المنقول ، فان الدائن المرتهن يكون غالبا حسن النية اذ قل أن يعلم بوجود امتياز البائع وقت وضع المنقول فى العقار فليست هناك وسيلة لشهر الامتياز على المنقول ، ومن ثم يتقدم حقه على حق امتياز البائع • فاذا اثبت البائع أن الدائن المرتهن كان يعلم وقت وضع المنقول فى العقار بوجود امتياز البائع ، بأن يكون البائع مثلا قد أخطر الدائن المرتهن بوجود حق الامتياز ، فان الدائن المرتهن لا يكون حسن النية ، ويتقدم عليه بائع المنقول (١) •

٣ — اذا نزعت ملكية العقار الأصلى للمنفعة العامة ، فان نازع الملكية يعوض المنزوع ملكيته عن العقار الأصلى وكل ما أدمج فيه ادماجا ماديا من عقار بطبيعته • أما العقار بالتخصيص فانه يفصل عن العقار الأصلى ويرد لصاحبه عينا بدلا من تعويضه عنه ، ما لم يكن فصل هذا العقار بالتخصيص ينتقص من قيمته انتقاصا محسوسا فعند ذلك يأخذه نازع الملكية ويعوض عنه المالك (٢) •

٤ — ويمكن القول أيضا ان العقار بالتخصيص ، باعتبار أنه لم يفقد ذاتيته كمنقول يجوز أن يكون محلا لجريمة السرقة • أما العقار بطبيعته فلا تتصور سرقته ، الا اذا نزع جزء منه فأصبح هذا الجزء

---

(١) انظر فى هذه المسألة حسن كيرة فقرة ٢٩ ص ٩٤ — ص ٩٧ والمراجع التى أشار اليها •

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٩٥ ص ٨٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨ ص ٨١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٤٥ •

منقولا ، وعند ذلك يجوز أن يكون محلا للسرقة (١) •

٢٢ — متى ينتهي التخصيص فنعود لنعقار بالتخصيص صفته الاصلية كمنقول بطبيعة :

قدمنا (٢) أن التخصيص لا تكتفي فيه ارادة المالك وحدها ، بل يجب فوق ذلك التخصيص الفعلي لخدمة العقار أو استغلاله • وقد كيفنا التخصيص تبعا لذلك بأنه عمل مختلط ولكن عنصر العمل المادي فيه هو الغالب . شأن التخصيص في ذلك شأن الاستيلاء ، ومن ثم يمكن اعتباره تبعا لعنصره الغالب واقعة مادية لا تصرفا قانونية (٣) •

والاصل اذن أن ينتهي التخصيص بانقطاع المنقول عن أن يكون مرصودا لخدمة العقار لاستغلاله . والعلاقة المادية لذلك هو ان ينتزع المالك المنقول من العقار ويخصصه لاغراض اخرى ، فيزول بذلك التخصيص الفعلي وتزول معه ارادة المالك في التخصيص • وفي هذه الحالة الظاهرة تعود للمنقول صفته الاصلية ويرجع منقولا بطبيعته ، مالم يخصص لخدمة عقار آخر فيصير عقارا بالتخصيص مرة أخرى (٤) •

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨ ص ٨١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٤٥ ص ٨٧٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٥ •

(٣) انظر آنفا فقرة ١٥ في الهامش •

(٤) وقد يكون الذي يفصل المنقول عن العقار هو غير المالك ، كما اذا باع المستأجر للارض المواشي المرصودة لاستغلالها بغير اذن المالك . فاذا تسلم المشتري المواشي وكان حسن النية ، فانه يتملكها بالحيازة اذ تعود المواشي منقولا بطبيعته وتزول عنها صفة العقار بالتخصيص بفصلها عن العقار الاصلي . وللمالك أن يرجع على المستأجر بالضمان ، أما اذا كان الذي اشترى المواشي هو المستأجر نفسه وقد اشتراها من المالك ، ولكنه ابقاها مرصودة لاستغلال الأرض ، فانها تعود منقولا بطبيعته بالرغم من رصدها الاستغلال الأرض . اذ يختل هنا شرط اتحاد المالك فقد أصبح مالك المواشي غير مالك الارض . على أنه اذا وجد دائن مرتهن للأرض ، فانه يحق له ان ينفذ على الأرض والمواشي معا باعتبارها مرهونة له ، ولا يستطيع المستأجر التمسك بحيازته للمواشي ولوكان حسن النية ، اذ ان حيازته غامضة فهو لم يفصل المواشي عن الأرض بل ابقاها مرصودة لاستغلالها . انظر حسن كيرة فقرة ٣٠ ص ٩٩ — ص ١٠٠ .

وليس من الضرورى لانتهاء التخصيص الفصل المادى المنقــول عن العقار ، بل يكفى أن يتصرف المالك فى المنقول مستقلا عن العقار ، أو أن يتصرف فى العقار مستقلا عن المنقول ، فاذا باع المالك المواشى المرصودة لاستغلال الأرض ، فانه يكون بهذا التصرف قد فصل المواشى عن الأرض ، فتصبح المواشى منقولا بطبيعته ، ويكون البيع هنا بيــع منقول لا بيع عقار بما يستتبع ذلك من نتائج قانونيه ومنها عدم وجوب الشهر . وكل ذلك قبل انتزاع المواشى عن الارض وتسليمها للمشترى(١) ولكن هذا انما يكون فى العلاقه ما بين المالك والمشترى للمواشى ، أما بالنسبه الى الغير فيجب انتزاع المواشى من الارض حتى يكون انقطاع التخصيص حجه عليه ، لان انتزاع المواشى هو العلامه الماديه الظاهرة بالنسبه الى الغير ، فلو أن الارض كانت مرهونه رهنا رسميا ورصدت المواشى بعد الرهن لاستغلال الارض ، فانها تصبح عقارا بالتخصيص وتصبح مرهونه كالارض ، فاذا باعها المالك دون أن ينتزعها من الأرض فلا يحتج بذلك على الدائن المرتهن . ويستطيع هذا ان ينفذ على الارض والمواشى جميعا باعتبارها مرهونه له . اما اذا انتزعت المواشى مــن الأرض وسلمت للمشترى ، فان انقطاع صفه العقار عن المواشى يصير حجة على الدائن المرتهن ولايكون له ان ينفذ على المواشى باعتبارهــا مرهونه له ، وذلك سواء كان المشترى يعلم بالرهن أو لا يعلم به (٢) . وهذا بخلاف ما اذا كانت المواشى قد رصدت لاستغلال الارض قبــل الرهن ، فان انتزاعها من الأرض وتسليمها للمشترى لا يكون حجــة على الدائن المرتهن الا اذا كان المشترى حسن النية أى لا يعلم بوجود الرهن ، فعند ذلك يستطيع المشترى أن يتمسك بالحيازة فيما يتعلــق بالرهن وتخلص له ملكية المواشى خالية من الرهن (٣) . ويكون للدائن

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٩٢ — وقرب كاربونييه ص ٧٤ .

(٢) وذلك لأن الدائن المرتهن لم يكن يعتمد وقت الرهن على المواشى، اذ هى لم تخصص لاستغلال الأرض الا بعد الرهن .

(٣) وتقوم المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « اذا نزع الراهن شيئا من العقار المرهونة أو من ملحقاته ، كما اذا باع مواشى كانت قد خصصت لخدمة الأرض المرهونة فوقعت فى حيازة مشترى حسن =

المرتهن فى هذه الحالة المطالبة باسقاط الأجل (١) ، اذا كان المدين قد أنقص التأمينات انقاصا كبيرا . وقد نصت المادة ١٠٤٧ مدنى فى هذا الصدد على أن « يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن . وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصا كبيرا ، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق فى ذلك » . ونصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٨ مدنى على انه « اذا تسبب الراهن بخطئه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيرا بين ان يقتضى تأمينا كافيا او ان يستوفى حقه فورا » .

واذا باع المالك الارض واستبقى المواشى مشترط عدم دخولها فى البيع ، فان المواشى تصبح منقولا بطبيعته لانقطاعها عن ان تكون مرصودة لاستغلال الأرض . وذلك فى العلاقة ما بين المالك ومشترى الأرض فلا يجوز لهذا الاخير المطالبة بالمواشى باعتبارها عقارا بالتخصيص بعد أن زالت عنها هذه الصفة . اما بالنسبة الى الغير كالدائن المرتهن ، فانه يجب التمييز هنا ايضا بين ما اذا كان تخصيص المواشى لاستغلال الأرض تاليا للرهن فلا يكون للدائن المرتهن حق على المواشى اذ هو لم يعتمد عليها وقت الرهن وتبقى الارض وحدها مرهونة فى يد المشترى ، وبين ما اذا كان تخصيص المواشى لاستغلال الارض سابقا على الرهن فيكون الدائن المرتهن قد اعتمد عليها ومن حقه ان ينفذ عليها مع الارض ، ولا يكون فصل المواشى عن الارض حجة عليه الا اذا انتقلت المواشى الى حائز حسن النية فتخلص له ملكيتها

= النية ، ملكها بالحيازة خالصة من الرهن ، ويكون للدائن حق الرجوع على الراهن بالضمان — أما اذا لم يتسلمها المشترى او تسلمها وهو سيء النية فانها تبقى مثقلة بحق الرهن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٤٩) . هذا ويكون للدائن المرتهن ، فيما اذا تسلم المشترى حسن النية المواشى ، أن يحجز على الثمن تحت يد المشترى ، وأن يستعمل حقه فى التقدم على هذا الثمن (شمس الدين الوكيل فى نظرية التأمينات طبعة ثانية فقرة ٨٣ ص ٢٦٢) .

(١) بيدان وثواران فقرة ٣٥٤ ص ٢٦٤ — شمس الدين الوكيل فى نظرية التأمينات طبعة ثانية فقرة ٨٣ ص ٢٦٠ .

خالية من الرهن ، ويرجع الدائن المراتهن فى هذه الحالة على المدين بالضمان (١) •

ومن ذلك نرى أن فكرة العقار بالتخصيص ، أى اضفاء صفة العقار على منقول بطبيعته عن طريق الافتراض القانونى ، فكرة قلقة غير مستقرة • فالمنقول يصير عقارا بالتخصيص ثم يعود منقولا ثم يصبح عقارا بالتخصيص فى ظروف شتى ، وهكذا تثبت هذه الصفة ثم تزول ثم تعود ، وتضيع بين ثبوتها وزوالها وعودتها فكرة العقار ، وهى فكرة تفيد الثبات والاستقرار •

٢٤ — أمكان الاستغناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية:

وقد دعا ذلك بعض الفقهاء الى استنكار تغير طبيعة المنقول فيصبح عقارا عن طريق افتراض قانونى محض يتعارض مع طبيعة الاشياء ، وما ينشأ عن ذلك من صعوبات كثيرة ، ويقول بلانيول وريبير وبيكار فى هذا الصدد : « ان فكرة العقار بالتخصيص ، وهى مصدر لصعوبات مستمرة ، قد تكون ، من بين خلق القانون الحديث ، هى أبعد الأفكار فى انعدام جدواها (٢) •

ولم تكن هذه الفكرة معروفة فى القانون الرومانى على نحو ما عرفت به فى القانون الحديث ، وكان الرومان يشيرون اليها ، لا عند تقسيم الأموال الى عقار ومنقول ، بل عند تحديد ما يدخل فى المبيع أو الموصى به من توابع فى بيع المنازل والأراضى أو فى الوصية بها • والذى كانوا يقصدون اليه من ذلك ليس هو اضفاء صفة العقار على المنقول ، بل تحديدمايتبع المبيع أو الموصى به من ملحقات ليشملها البيع أو الوصية(٣)•

---

(١) واذا انتزع اجنبى المواشى عن الأرض فقدت صفتها كعقار بالتخصيص حتى اذا ما اعادها صاحبها الى الأرض رجعت كما كانت عقارا بالتخصيص (استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٠) •

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧ — وانظر كلبونيية ص ٧١ •

(٣) بلانيول ، وريبير وبيكار ٢ فقرة ٧٥ ص ٧٨ — وانظر ايضا بودرى وشوفو فقرة ٨٦ ص ٥٤ •

وانتقلت الفكرة الى القانون الفرنسى القديم ، فى العادات الفرنسية القديمه ، محورة ، حيث اعتبر عقارا المنقول المرصود لخدمه العقار او لاستغلاله • ولكنها بدأت محصورة فى جزئيات تفصيلية . واخذت تنمو شيئا فشيئا ولكن دون ان تنتهى الى قاعدة عامه ، حتى أن بوتييه نعى على القانون الفرنسى القديم فى هذه المسألة انعدام التنسيق وعدم وضع قاعدة عامه تجعل عقارا المنقولات المرصودة لخدمه الزراعه (١) • ومع ذلك فان القانون الفرنسى القديم كان يقسم الاموال الى عقار ومنقول ، وكان يجعل العقار بالتخصيص عقارا كالعقار بطبيعته دون تمييز بينهما ، فلم يكن يقسم العقار الى عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص ، وكان بوتييه يعدد اجزاء العقار وفيها عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص مختلطه بعضها ببعض ، دون ان يميز بين هذا او ذاك •

والذى ميز فى العقار بين العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص هو التقنين المدنى الفرنسى . فقد أفرد للعقار بالتخصيص أكثر من نص ، وسجل له اسم « العقار بالتخصيص » • ولما كان ينقل عن بوتييه ، وكان بوتييه كما قدمنا يورد العقار بالتخصيص الى جانب العقار بطبيعته دون تمييز بينهما . فقد أوقع ذلك واضعى التقنين المدنى الفرنسى فى الخطأ حيث اعتبروا ما هو عقار بطبيعته فى بعض الحالات عقارا بالتخصيص، كما فعلوا فى المادة ٥٢٥ مدنى فرنسى (٢) •

ويذهب كثير من الفقهاء المحدثين الى أنه كان فى الامكان الاستغناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية ، وبدلا من اضفاء صفة العقار على المنقول يبقى المنقول على طبيعته ويعتبر تابعا للعقار الذى رصد

---

(١) بوتييه فى نظام الاشتراك فى الاموال فى (régime de communanté) فقرة ٤٤ — وانظر بودرى وشوفو فقرة ٥٦ ص ٥٤ — ص ٥٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥ .

(٢) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥ ص ٧٩ .

المنقول لخدمته أو لاستغلاله ، فلا يجوز الفصل بينهما ماداما مملوكين لمالك واحد الا بارادة هذا المالك (١) •

وتفضل فكرة التبعية فكرة العقار بالتخصيص فى أنهــا أولا لا تتعارض مع طبيعة الأشياء فتجعل من المنقول بطبيعته عقارا ، وفى أنها ثانيا تستبقى من النتائج العملية لفكرة العقار بالتخصيص ماهو حــق وتستبعد منها ما هو غير حق •

ولتوضيح هذه النقطة الأخيرة ، نذكر أن أهم النتائج العملية لفكرة العقار بالتخصيص مسائل أربع (٢)• وأولى هذه المسائل هى أنه لا يجوز الحجز على العقار الأصلى والعقار بالتخصيص ، ويكون الحجز حجــز عقارا لا حجز منقول ، ويمكن الوصول الى هذه النتيجة عن طريق فكرة التبعية دون حاجة الى فكرة العقار بالتخصيص ، فيقال أن المنقول قد أصبح تابعا للعقار تبعية لا تجيز الفصل فيما بينهما ، ويستتبع ذلــك أنه لايجوز الحجز على أحدهما دون الحجز على الآخر . فاذا ما حجــز عليهما معا تغلبت صفة الأصل على صفة التبع وكان الحجز حجز عقــار لا حجز منقول • والمسألة الثانية أن الرهن الرسمى (وحق الاختصاص) يمتد ليشمل العقار بالتخصيص • وظاهر أن هذه النتيجة يمكن الوصول اليها فى كثير من اليسر عن طريق فكرة التبعية دون حاجة الى فكرة العقار بالتخصيص ، فيقال ان الرهن الرسمى يشمل ملحقات العقار المرهون ومنها المنقولات التى رصدت لخدمة هذا العقار واستغلاله ، دون أن تتغير طبيعة هذه المنقولات فتصبح عقارا • والمسألة الثالثــة أن العقــار

---

(١) جوسران ١ فقرة ١٣٥٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٤٤ — مارتي ورينو فقرة ٣١٥ — دى باج وديكرز ٥ فقرة ٦٤٧ — شفيق شحاته فقرة ٤٥ — اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١٠٢ — وقارن كولان وكابيتان ودى لامور انديــر ١ فقرة ٩٢٣ — حسن كيرة فقرة ٢٧ •

وتأخذ بعض التقنينات الحديثة صراحة بفكرة التبعية . كالتقنين المدنى الألمانى والتقنين المدنى السويسرى والتقنين المدنى الايطالى •

(٢) انظر آنفا فقرة ٢١ •

بالتخصيص يتبع العقار الأصلى عند التعامل فى هذا العقار بالبيع أو القسمة أو الوصية أو غير ذلك . وهنا أيضا يمكن فى كثير من اليسر الاستغناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية ، فيقال ان المنقولات التى رصدت لخدمة عقار أو لاستغلاله تتبع هذا العقار عند التعامل فيه ، دون أن تتغير طبيعة المنقول فتصبح عقارا ، هذه المسائل الثلاث هى النتائج الحقة من فكرة العقار بالتخصيص ، وقد رأينا أنه يمكن الاستغناء عن فكرة العقار بالتخصيص بفكرة التبعية ، بقيت المسألة الرابعة ، وهى مسألة شمول رسوم التسجيل العقار بالتخصيص ، فقد رأينا هنا أنه قد دفع الافتراض القانونى الى حد غير مقصود ، فهذه النتيجة من نتائج فكرة العقار بالتخصيص نتيجة غير حقة ، ويمكن توقيها باحلال فكرة التبعية على فكرة العقار بالتخصيص ، ففكرة التبعية لا تقتضى تغيير طبيعة المنقول كما قدمنا . فيبقى المنقول المرصود لخدمة العقار أو استغلاله منقولا على طبيعته ، واذا انتقلت ملكيته مع العقار الأصلى بقى منقولا ، ولم تشمله رسوم تسجيل العقار .

ويقول أنصار فكرة التبعية انه ليس من الضرورى أن يشارك المنقول التابع العقار المتبوع فى صفته العقارية ، وانه يستساغ أن يكون المنقول تابعا للعقار مع بقائه منقولا على حالة . وهذا متحقق فى الفرض العكسى ، وهو ما اذا كان العقار هو التابع للمنقول ، فانه يبقى محتفظا بطبيعته كعقار ، ولا تقلب تبعيته للمنقول طبيعته فتصيره منقولا . مثل ذلك أن يخصص عقار لخدمة متجر ، فيبقى عقارا مع أنه تابع لمنقول وهو المتجر (١) . ومثل ذلك أيضا الرهن الرسمى فهو عقار لأنه حق عينى مترتب على عقار ، وهو مع ذلك تابع للدين المضمون بالرهن ، فهو اذن تابع لمنقول ولم تخل هذه التبعية بطبيعته اذ بقى على حاله عقارا (٢) .

---

(١) نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٩١٣ سيريه ١٩٢٠ — ١ — ٣٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧ — شفيق شحاته فقرة ٤٥ . هذا واذا كان المنقول بحسب المآل هو الذى يقابل العقار بالتخصيص، من ناحية أن عقارا بطبيعته اعتبر منقولا حكما فى المنقول بحسب المآل ، وان =

المبحث الثانى

المنقـــول

٢٥ — المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المآل :

كما يعرف التقنين المدنى نوعين من العقار ، العقار بطبيعتـه والعقار بالتخصيص ، كذلك يعرف نوعين من المنقول : المنقول بطبيعته والمنقول بحسب المآل . والعقار بطبيعته يقابله المنقول بطبيعته ، أمـا العقار بالتخصيص فلا يقابله منقول بالتخصيص ، ذلك أنه اذا رصد عقار لخدمة منقول ، كالرهن الرسمى يؤمن دينا ، فقد قدمنا [١] أن العقار يبقى محتفظا بطبيعته كعقار ، ولا تقلبه تبعيته للمنقول فيصير منقولا بالتخصيص ، فقد ذكرنا [٢] ، أن هناك فى المنقول ما يقابل العقار بالتخصيص وهو المنقول بحسب المآل ، فالعقار بالتخصيص هـــو منقول بطبيعته اعتبره القانون بسبب تخصيصه عقارا كما سبق القول، والمنقول بحسب المآل هو عقار بطبيعته اعتبره القانون بحسب مآلـه منقولا اذ هو موشك أن يصبح منقولا ، ولذلك ســمى منقولا بحســب المـــآل .

والأصل فى المنقول — كالأصل فى العقار — أن يكون منقـــولا

= منقولا بطبيعته اعتبر عقارا حكما فى العقار بالتخصيص ، فليس للمنقول بحسب المال ما يقابله من عقار بحسب المآل ، ولا للعقار بالتخصيص مـا يقابله من منقول بالتخصيص . اما ان المنقول بالتخصيص لا يوجد ، فذلـك واضح مما قدمناه من ان العقار قد يرصد لخدمة المنقول ومع ذلك لايصـبح منقولا بالتخصيص . كذلك لايوجد عقار بحسب المآل ، فقد قضت محكمة النقض . فى عقد بيع حصة فى ماكينة طحين ورد ثمنها عـلى أساس الثمـن الذى اشترى به البائع الماكينة مع اضافة المصروفات التى سـتنفق لاقامـة مبنى وتثبيت الماكينة فيه ، بأن البيع هنا بيع منقول لا بيع عقار (بحسب المآل) ، فتثبت الملكية للمشترى بمجرد العقد دون تسجيل (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ٣ ص ١٠٣ ص ١٨٧ — اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ١١٠) .

(١) انظر آنفا فقرة ٢٤ فى آخرها .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥ فى آخرها وفقرة ٢٤ فى آخرها فى الهامش .

بطبيعته • وهناك حالات خاصة استثنائية يصبح فيها العقار منقولا بحسب المآل كما سنرى ، ويصبح فيها المنقول بطبيعته عقارا بالتخصيص كما رأينا •

فعندنا اذن نوعان من المنقول : المنقول بطبيعته وهو الأصل ، والمنقول بحسب المآل وهو الاستثناء •

المطلب الأول

المنقــول بطبيعته

(Meuble par nature)

٣٦ — تعريف المنقول بطبيعته :

قدمنا (١) أن التقنين المدنى لم يعرف المنقول بطبيعته تعريفا مباشرا كما فعل فى تعريف العقار ، بل اقتصر على أن يقول فى آخر الفقرة الأولى من المادة ٨٢ مدنى : « كل ما عدا ذلك (أى ما عدا العقار) من شيء فهو منقول » • فكل ما ليس عقارا بطبيعته أو عقارا بالتخصيص يكون منقولا بطبيعته • وتعرفه المادة ٦٢ مدنى عراقى تعريفا مباشرا بأنه « كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف ، فيشمل النقود ، والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الاشياء المنقولة » • كما تعرفه المادة ٥٢٨ مدنى فرنسى على الوجه الآتى : « تكون منقولات بطبيعتها الأشياء التى يمكن أن تنتقل من مكان الى آخر ، سواء لأنها تتحرك بذاتها كالحيوانات ، أو لأنها لا تستطيع تغيير مكانها الا بتأثير قوة أجنبية كالأشياء غير الحية » •

فالمنقول بطبيعته هو اذن كل شيء يمكن أن ينتقل من مكان الى آخر دون تلف ، فهو بخلاف العقار بطبيعته غير مستقر بحيزه وغير ثابت فيه ، فالحيوانات كلها منقول ، وكذلك العروض ، والمكيلات

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥ •

والموزونات ، والمأكولات والمشروبات ، وأثاث المنزل . والبضائع ، والكتب الورق والأفلام والسيارات والمركبات ، والسفن والمراكب والطيارات، وأكشاك الاستحمام المقامة من خشب دون أن يكون لها أساس ثابت فى الأرض ، واكشاك الأسواق والمعارض ، وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة والأكشاك الخشبية والمبانى التى تقام مدة الأعياد والموالد اذا لم تثبت فى الأرض (١) •

ولا يمنع صفة المنقول أن يكون الشىء قد وضع فى مكان معين لا ينتقل منه . مادام يمكن نقله الى مكان آخر دون تلف اذا أريد ذلك، فالعبرة ليست اذن بانتقال الشىء فعلا من مكان الى آخر ، بل بامكان انتقاله حتى لو كان ثابتا فى مكان واحد • فالعوامات مثلا منقول (٢) ، وهى عادة تستقر فى مكان لا تغادره ، ولكن يمكن نقلها الى مكان آخر دون أن تتلف ، والمعديات وهى مراكب صغيرة تنقل الناس من أحد شاطئى النهر الى الشاطىء الآخر فى مكان معين من النهر لا تغيره عادة، هى منقولات بطبيعتها لأنها تتحرك دون أن تتلف . وان كانت تلزم مكانا معينا • وفى بعض البلاد كفرنسا تقام الحمامات (bains) والمغاسل (lavoirs) والمطاحن (moulins) على ضفة النهر فوق المراكب ، دون أن يكون لها أساس ثابت بل تشد عادة بحبال ، فهذه أيضا تكون منقولا بطبيعته وان كانت تلزم مكانا معينا دون أن تتحرك ، لأنه يمكن تحريكها ونقلها الى مكان آخر دون أن تتلف (٣) •

٢٧ — التيار الكهربائى والغاز ومواد البناء وأجزاء البناء المتهدمة: والرأى السائد فى مصر وفى فرنسا ، أن التيار الكهربائى والغاز ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ١١ .

(٢) مصر مستعجل ٣٠ يوليه سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢١ رقم ٥٧ ص ٩٩ .

(٣) ديمولومب ٩ فقرة ٣٩٧ — لوران ٥ فقرة ٤٩٨ — بودرى وشوفو فقرة ١٢١ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ مكررة ص ٣٢ — ص ٣٤ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٠ ص ١٠٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٧٦ .

متى أصبحا مملوكين بسبب الاستحواز عليهما ، يعتبران من المنقولات بطبيعتها ، ويجوز أن يكون محلا للسرقة (١) • وهذا بخلاف الأمواج الكهربائية المولدة للراديو ، فهى لا تصلح فى حالتها الحاضرة للتملك (٢)•

ومواد البناء المتجمعة والمعدة لتشييد البناء تعتبر منقولا بطبيعته مادامت لم تشيد ، فاذا ماشيدت أصبحت عقارا بطبيعته • وفى أثناء التشييد ، ما شيد منها يكون عقارا ، وما لم يشيد يبقى منقولا • واذا تهدم جزء من البناء ، سواء بقوة قاهرة أو بصنع صانع ، فان الانقاض المتهدمة تصبح منقولا ، حتى لوكان المالك هو الذى قام بالهدم وقصد اعادة البناء وأعادة فعلا ، وتنص المادة ٥٣٢ مدنى فرنسى صراحة على هذا الحكم فتقول : «الأنقاض الناتجة من هدم أحد الأبنية ، والمواد المتجمعة لتشييد بناء جديد ، تكون منقولا الى أن يستخدمها فى تشييد البناء (٣) ، ولكن يلاحظ أن المالك قد ينزع جزءا من البناء لاصلاحه واعادته بعد ذلك الى مكانه ، كأن ينزع الشبابيك أو الأبواب أو الموسير أو نحو ذلك لاصلاحها ثم اعادتها ، ففى الفترة التى يبقى فيها هذا الجزء منتزعا يبقى عقارا كما كان قبل انتزاعه ولا يصير منقولا ، لأن هذه الفترة عارضة موقتة وسيعود الجزء الى مكانه الأول كما كان ، وهناك فرق واضح بين هدم البناء لاعادته حيث تصبح الأنقاض فى فترة هدمها منقولا كما سبق القول، وبين انتزاع (لا هدم) جزء من البناء محدود المعالم واصلاحه ثم اعادته الى مكانه حيث يبقى هذا الجزء عقارا حتى فى فترة انتزاعه

---

(١) نقض جنائى ٦ يناير سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ — ٢٠ — ٢٠ — نقض فرنسي جنائى ٣ اغسطس سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ — ١ — ٣٣٧ — ١٢ يونيه سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٤١ — ٢ — ٦٥ — اكس ١٢ يوليه سنة ١٩٣٧ جازيت دى باليه ١٩٣٧ — ٢ — ٧٤٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٠ ص ١٠٢ — بيدان وفواران فقرة ١٤١ — محمد على عرفة فقرة ٩٩ — حسن كيرة فقرة ٣٢ ص ١٠٣ .

(٢) Sundemont رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ — Dugant رسالة من مونلبلييه سنة ١٩٣٠ — Casals رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — وانظر اوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ مكررة ص ٣٢ هامش ١ مكرر — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٧٨ .

(٣) انظر آنفا فقرة ١١ فى الهامش .

كما قدمنا (١) •

٢٨ — المنقولات الخاضعة للقيد أو المنقولات الطبيعية الخاصة (*):

أهم هذه المنقولات هي السفن والطائرات • فهي وان كانت منقولات تتحرك من مكان الى مكان دون تلف • الا أنها أضخم وأغلى قيمة من كثير من العقارات • والمهم فيها أنه يمكن تعيين مكان ثابت لها لا يتغير • تقيد فيه السفينة أو الطائرة كما تقيد التصرفات الواردة على أي منهما • والقيد هنا يعدل التسجيل (immatriculation) (transcription) أو القيد (inscription) في العقارات •

وقد وردت نصوص في التقنين البحري صريحة في أن السفن وغيرها من المراكب البحرية • كبيرة كانت أو صغيرة • تعتبر منقولا بطبيعته • فنصت المادة ٤ من هذا التقنين على أن « السفن التجارية وغيرها من المراكب البحرية • وان كانت من المنقولات • الا أنه يبقى حق الدائن عليها مثل العقارات اذا نتقلت الى يد غير مالكها •• » • وقد صدر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ بشأن تسجيل السفن التجارية • وينص في مادته الأولى على أنه « لا يجوز لأى سفينة أن تسير في البحر تحت العلم المصرى • الا اذا كانت مسجلة وفقا لأحكام هذا القانون » • ثم تبين المواد التالية كيف يكون التسجيل • فيجب على مالك السفينة أن يقدم طلبا لتسجيل سفينته يتضمن بيانات معينة أهمها

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٧ هامش ١٩ — بودرى وشوفو فقرة ١٢٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٠ ص ١٠٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٧٧ — محمد على عرفة فقرة ٨٤ — حسن كيرة فقرة ٢٦ ص ٧٦ — نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٨ — ١ — ٢٥٣ — عكس ذلك شفيق شحاته فقرة ٣٩ ص ٥٤ — اسماعيل غانم في النظرية العامة في الحق ص ٩٢ (يعتبر الجزء المنتزع من البناء منقولا ولكنه يكون ملحقا بالبناء) — وانظر آنفا فقرة ١١ في الهامش •

(*) انظر في هذه المسألة بحثا ممتعا شاعت فيه روح الفكاهة للأستاذ على محمد البارودى تحت عنوان « حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » • وهو منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية السنة العاشرة العددين الثالث والرابع •

بيان الرهن والحجوز التى وقعت على السفينة ان وجدت ، وتدون هذه البيانات فى سجل خاص معد فى مكاتب التسجيل يسمى « سجل السفن » ، وتسلم مصلحة النقل لمالك السفينة بعد تسجيلها شهادة تسجيل مصرية ، وبموجب هذه الشهادة يجوز تسيير السفينة • ثم صدر القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ بشأن حقوق الامتياز والرهون البحرية • وقد أعد أخيرا مشروع نهائى للتقنين البحرى ، جاء فى المادة ٢ منه : « تعتبر السفينة منقولا تسرى عليه القواعد القانونية العامة والقواعد الواردة فى هذا القانون » • وبالرغم من اعتبار السفينة منقولا الا أنها أخضعت لنظام من التسجيل يشبه الى حد بعيد نظام التسجيل فى العقار ، بل ويزيد عليه فى أنه تسجيل عينى باسم السفينة ذاتها لا تسجيل شخصى باسم مالك السفينة ، وتنص المادة ٨ من هذا المشروع على أن « التصرفات التى يكون موضوعها انشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية على السفينة أو غيره من الحقوق العينية يجب أن تتم بورقة رسمية أو بمقتضى حكم نهائى • فاذا وقعت هذه التصرفات فى بلد أجنبى وجب تحريرها أمام قنصل الجمهورية العربية المتحدة أو أمام الموظف المحلى المختص عند عدم وجوده • ولا تكون التصرفات والأحكام المذكورة نافذة بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير ، ما لم تشهر طبقا للأوضاع المقررة فى القانون » • وقد نظم الرهن البحرى على غرار الرهن الرسمى الذى لا يكون الا فى العقار • وهنا أيضا نجد السفينة تشارك العقار لا المنقول فى خصائصه •

وقد صدر فى شأن الطيارات وتنظيم الملاحة الجوية المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٥ ، تنص المادة الأولى منه على أن « للدولة كامل السيادة المطلقة على الفضاء الجوى الذى يعلو أراضيها ، وتشمل كلمة أراضى المياه الاقليمية » • وتنص المادة ٢ على أن « تنظم الملاحة الجوية بمراسيم » • وقضى المرسوم الصادر فى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ ، وهو يوم صدور المرسوم بقانون سالف الذكر ، بأنه لا يجوز لأية طائرة أن تطير فوق الأراضى المصرية أو أن تهبط عليها دون أن تحصل

مقدما على ترخيص بذلك من وزير المواصلات . ولا يوجد فى مصر تشريع عام للطيران على غرار القانون الفرنسى الصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ ، ولكن مصر ارتبطت باتفاقية شيكاجو المبرمة فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ ، فأصبحت أحكام هذه الاتفاقية سارية المفعول فيها . ومن هذه الأحكام اخضاع الطائرات الخاصة لاجراء التسجيل فى سجل خاص على النحو المقرر بالنسبة الى السفن (١) .

ونرى مما تقدم أن السفن والطائرات ، وان كان لا شك فى أنها منقولات ، تخضع ، نظرا لأهميتها ولامكان ايجاد مقر ثابت لها تسجل فيه (٢) ، لكثير من أحكام العقار وبخاصة فى التسجيل

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٩٦ ص ١١٤ — وانظر فى اتفاقية شيكاجو الدولية ضياء الدين صالح : محاضرات فى قانون الطيران على الآلة الكاتبة ص ٩٤ وما بعدها .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠١ ص ١٠٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٨١ — ٣٣٨٤ .

ويقول الأستاذ على محمد البارودى فى صدد المنقولات ذات الطبيعة الخاصة فى بحثه السابق الاشارة اليه : « هذه المنقولات يجمعها انها لا تخضع لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، وهى القاعدة التى تنطبق على سائر المنقولات . وقد كان المشرع الفرنسى اسبق من المشرع المصرى فى الاستفادة من هذه الطبيعة الخاصة ، اذ سارع بتنظيم الرهن عليها دون نقل حيازة . فبدأ بالسفينة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٤ ، ثم المحال التجارية فى أول مارس سنة ١٨٩٨ ، ثم المراكب النهرية فى ٥ يولية سنة ١٩١٧ ، فالطائرات فى ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ ، والسيارات فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ، والأفلام السينمائية فى قانون ١٢ يونية سنة ١٩٤٤ . اما فى القانون المصرى ، فان هناك مثلين رئيسيين للمنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، هما السفينة التى لا تخضع لقاعدة الحيازة والتى نظم القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ رهنها على غرار الرهن الرسمى على العقار ، والمحل التجارى وهو بدوره لا يخضع لقاعدة الحيازة وقد نظم المشرع المصرى بيعه ورهنه بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ » (ص ٣٥ من البحث المشار اليه) .

ثم يقول « وكنه الطبيعة الخاصة ..... التعيين الذاتى ، فهذه المنقولات تتميز بأنها تحمل فى داخلها ، فى كيانها ذاته ، دون حاجة الى أى عنصر خارجى ، وسائل التعيين التى تكفى لتمييزها عن غيرها من المنقولات .... صفة التعيين الذاتى تمهد للمشرع سبيل تنظيم شهر الحقوق العينية عليه بغض النظر عن واقع الحيازة . والحقوق العينية التى نقصدها هنا لا تقتصر على حق الملكية ، وانما تمتد الى الحقوق الأخرى اصلية او تبعية ، =

= كالانتفاع او الرهن (وشهر الرهن بصفة خاصة بالغ الاهمية فى العمل) ، اذ يستطيع المشرع ان يوجب قيد هذه الحقوق فى سجل تبين فيه عناصر التعيين التى تميز المنقول ، حتى تسرى على الغير .. ويشتد الشبه حينذاك بين نظام الشهر فى العقار ونظامه فى المنقولات المعينة تعيينا ذاتيا . وهذا ما فعله المشرع المصرى بالنسبة للسفينة ، وبالنسبة للمحل التجارى ، (ص ٥٣ — ص ٦٠ من البحث المشار اليه) .

ويخرج الأستاذ البارودى من ذلك الى انتقاد تقسيم الأشياء الى عقار ومنقول ، ثم يقترح تقسيما آخر أساسه التعيين الذاتى .

أما عن انتقاد تقسيم الأشياء الى عقار ومنقول ، فهو يستظهر ما فى فكرة العقار بالتخصيص وفكرة المنقول بحسب المآل من تعارض مع أساس التقسيم . ففى العقار بالتخصيص نرى منقولا يعتبر عقارا ، وفى المنقول بحسب المآل نرى على العكس من ذلك عقارا يعتبر منقولا . وحتى فى العقار بطبيعته ، كالأبواب والشبابيك والنباتات ، يمكن نقل هذه العقارات دون تلف ، ويقول فى هذا الصدد : « لسنا فى حاجة الى التخصص فى فن النجارة لكى ندرك مدى السهولة التى ينفصل بها الباب او النافذة عن البناء بدون تلف أو حتى شبهة فى تلف . فنحن نعلم — فى غير زهو — ان الأبواب والنوافذ لا تتصل بالبناء الا عن طريق مفاصل تدور حولها هذه الأبواب والنوافذ فى حركتها بين الفتح والاغلاق ، وينخلع عنها جسم الباب او النافذة اذا رفعنا هذا الجسم قليلا الى أعلى .. أما النباتات ، فهى تنقل بالفعل بغير تلف . ولا تقتصر هذه الصفة على نباتات المشاتل الصغيرة ، بل ان غالبية الاشجار ، حتى الضخمة منها ، لا تموت اذا اقتلعت عن الأرض لفترة معينة بحيث يمكن غرسها فى مكان آخر بدون تلف أو حتى شبهة فى تلف .. ومن حسن الطالع أن الفقهاء يتحفظون فيقررون ان هذه النباتات والأبواب والشبابيك والنوافذ والمياريب تظل كلها عقارات بالطبيعة مادامت متصلة بالأرض أو بالبناء ، فاذا انفصلت عن اصلها اعتبرت منقولات . هذا التحفظ ضرورى الى أبعد حد ، ولولاه لأمكن أن نرى فى الطريق نجارا أو مزارعا يحمل تحت أبطه او بين كفيه عقارا بالطبيعة ، فلا ينوء بما يحمل » (ص ٨٧ — ص ٨٨ من البحث المشار اليه) .

أما التقسيم الآخر الذى يقترحه الأستاذ البارودى ليحل محل تقسيم المال الى عقار منقول ، فيقوم أساسا على فكرة التعيين الذاتى . فعنده أن « الأموال تنقسم الى قسمين كبيرين : (أ) أموال تحتفظ لنفسها ، فى كيانها ، بعناصر التعيين الذاتية التى تكفل تمييزها عن غيرها من الأموال الأخرى ، وذلك دون حاجة الى الالتجاء الى عنصر خارجى . (ب) أموال لا تحتفظ بعناصر تعيين كافية لتمييزها ، فتحتاج فى سبيل ذلك الى الالتجاء الى عنصر خارجى عنها ، وهو بصفة عامة حيازة الانسان » (ص ١٠٧) . ثم يقول : « نستطيع أن نتبين حتى الآن اربع وسائل تؤدى الى ان يكتسب المال صفة التعيين الذاتى : (اولا) الثبات الطبيعى ، وهو وسيلة العقارات الى التعيين الذاتى . (ثانيا) كون المال مجموعة واقعية لا يتصور ان تتكرر عناصرها بغير اختلاف . وبهذه الوسيلة تدخل المحال التجارية والافلام =

= السينمائية وغيرها من المجموعات فى نطاق الأموال المعينة تعيينا ذاتيا . (ثالثا) كون المال حقا ثابتا فى ذمة شخص معين ، اذ يتعين الحق بتعيين شخص المدين . وتلك وسيلة الحقوق — أو الأموال المعنوية — الى الدخول فى نطاق الأموال المعينة تعيينا ذاتيا . (رابعا) اكتساب المال صفة التعيين الذاتى بوسائل صناعية تستند اساسا الى حماية المشرع وتنظيمه . كالسفن والمراكب التى ينظم المشرع حالتها المدنيه من اسم وجنسية وميناء تسجيل الخ . وكالسيارات التى يحددها المشرع بنوعها ورقمها . وفى هذه الوسيله الرابعه للتعيين الذاتى ، اى تلك الوسيلة الصناعية التى تستند الى حمايه المشرع وتنظيمه ، نجد مفتاح الحركة فى هذا التقسيم الجديد وقابليته المستمرة للتطور ، واستعداده الدائم لأن يلتقى بين قسميه الكبيرين اى مال جديد ، وأن ينقل من أحد قسميه الى القسم الآخر ، فى غير جمود . الاموال التى تفقد صفة التعيين الذاتى لسبب أو لآخر ، أو الاموال التى تكتسب بوسيلة صناعية مستحدثة صفة التعيين الذاتى التى لم تكن لها من قبل .. بهذا يخلص القسم الجديد من الجمود الذى وقع فيه التقسيم الى عقار ومنقول ، حين ارتكز على وسيلة الثبات وحدها .. فكان هذا العجز الواضح الذى اصابه حين اظهر التطور وسائل اخرى للتعيين الذاتى . وهو عجز اثار وما يزال يثير مشكلة المنقولات ذات الطبيعة الخاصة . تلك المشكلة التى نرجو مخلصين ان يضع بحثنا هذا حلها الاخير » (ص ١٠٧ — ١٠٨) .

وقد يكون الأستاذ البارودى شديد التفاؤل وهو يحسب أن تقسيمه المقترح قد وضع لمشكلة « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » حلها الأخير . ولعله يكون قد بالغ فى تصوير هذه المشكلة ، فقد يرد عليه أن هذه المشكلة ليست من الجسامة بحيث تهدم تقسيما جوهريا كتقسيم المال الى عقار ومنقول ، درجت عليه كل النظم القانونية منذ القانون الرومانى الى الوقت الحاضر ، مع تطور فى اهمية هذا التقسيم . فهو تارة يبدو تقسيما ثانويا كما هو الأمر فى القانون الرومانى ، وهو طورا يكسب أهمية خاصة لظروف اجتماعية واقتصادية كما هو الامر فى القانون الفرنسى القديم ، وهو اخيرا تدخله تعديلات هامة أو غير هامة ، كأن تلحق صفة العقار المنقول كما فى العقار بالتخصيص ، أو صفة المنقول بالعقار كما فى المنقول بحسب المآل . وكأن تبرز اهمية بعض المنقولات كالسفينة والطائرة فيوضع لها تنظيم يماثل تنظيم العقار كما هو الأمر فى العصور الحديثة . ولم يحن الوقت الذى يتهدم فيه تقسيم المال الى عقار ومنقول ، بل سيبقى هذا التقسيم — وقد قاوم اعاصير الزمن — قائما زمنا طويلا . ولعل الأستاذ البارودى نفسه قد احس ذلك عندما يقول : « ولا يؤثر فى اهمية هذا الاعتبار الجوهرى استمرار بناء تقسيم العقار والمنقول فى صدر القانون المدنى المصرى ، فاغلب الظن أنه سيبقى أمدا طويلا (ص ١٢٥) » . ولكننا مع ذلك لا يسعنا الا أن نسجل لبحث الأستاذ البارودى مزية الابتكار وجودة التفكير . واذا كانت الفكرة التى تقدم بها ، فكرة « التعيين الذاتى » ، لا يهيأ لها فى الوقت الحاضر أن تهدم تقسيما تقليديا صلبا ، فلا أقل من الاستعانة بها لتبرير =

والرهن (١) .

المطلب الثانى

المنقول بحسب المآل (*)

(Meuble par anticipation)

٢٩ — نصوص متفرقة :

لا يوجد فى التقنين المدنى المصرى ، كما لا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى ، نص عام يضع نظرية المنقول بحسب المآل ، كما وجد هذا النص فى نظرية العقار بالتخصيص ، بل ان التعبير نفسه « المنقول بحسب المآل » هو من صنع الفقه لا التشريع .

ولكن هناك نصوصا متفرقة ، فى التقنين المدنى وفى تقنين المرافعات . تطبق النظرية فى حالة خاصة هى حالة المحصول الزراعى ، فتعتبر هذا المحصول منقولا قبل أن يفصل عن الأرض لأغراض معينة ، فيكون المحصول وهو عقار بطبيعته منقولا حكما ، لأن مآله الحتمى هو أن يفصل عن الارض ، فهو اذن « منقول بحسب المآل » .

وأول هذه النصوص هو نص المادة ١/١١٤٢ مدنى ، ويجرى على الوجه الآتى : « المبالغ المنصرفة فى البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المنصرفة فى أعمال

= الحاق « المنقولات ذات الطبيعة الخاصة » بالعقار فى نظم انفرد بها العقار ، فهذه المنقولات تشارك العقار فى انها مثله كسبت صفة التعيين الذاتى ، وفى هذا ما يبرر اخضاع هذه المنقولات لبعض النظم التى يخضع لها العقار .

(١) وهناك طائفة من المنقولات هى الأوراق لحاملها (titres au porteur) وتتميز بأن حيازتها المادية تقوم قرينة قاطعة على ملكيتها . ومن ثم يتجسد الحق فى السند ويصبح منقولا ماديا تسرى عليه قواعد المنقولات المادية ، وبخاصة القاعدة التى تقضى بان الحيازة فى المنقول سند الملكية (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٨٦ — فقرة ٢٦٨٧) .

(*) انظر Fréjaville فى المنقولات بحسب المآل رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ .

الزراعة والحصاد ، يكون لها امتياز على المحصـــول التي صرفت في انتاجه ، وتكون لها جميعا مرتبة واحدة » ، فهنا يحدد النص حقـوقا معينة هي ما صرف في أعمال الزراعة والحصاد بوجه عام ، وما صرف في البذر والسماد ومواد التخصيب الأخرى والمواد المقاومة للحشرات بوجه خاص . ويجعل هذه الحقوق ممتازة على المحصول الزراعي الذي صرفت في انتاجه . والامتيـــاز هنا امتياز على منقول : فقـد اعتبر المحصـــول الزراعي وعاء الامتيـــاز منقولا بحسب المآل لأنه حتمـا سيحصد ، فتكون الحقوق سالفة الذكر ممتازة وامتيـــازها قائم على منقول .

والنص الثاني هو نص المـــادة ١١٤٣/١ مدني . ويجـــري على الوجه الآتي : « اجرة المبـــاني والأراضي الزراعية لســـنتين أو لمدة الايجار ان قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الايجار . يكون لها جميعا امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملـــوكا للمســـتأجر من منقول قابل للحجز ومن محصـــول زراعي » . والذي يعنينا هنا هو ايجـــار الأراضي الزراعية ، فكل حق لمؤجـــر الأرض الزراعية ناشيء عن عقد الايجار ، وبخاصـــة الأجرة لســـنتين أو لمدة الايجار ان قلت عن ذلك ، له امتياز على المحصول الزراعي . والامتياز امتياز على منقول : فقد نظر هنا أيضا الى المحصول الزراعي باعتباره منقولا بحسب المآل اذ مآله الحصد حتما .

والنص الثالث هو نص المادة ٣٥٤ مرافعات الوارد ضمن حالات التنفيذ بحجز المنقـــول لدى المدين ، ويجـــري على الوجـــه الآتي : «لا يجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وأربعين يوما . ويجب ان يبين في المحضر بدقة موضع الأرض واسم الحوض ورقم القطعة ومساحتها وحدودها ونوع المزروعات أو نوع الأشجار وعددها وما ينتظر أن يحصد أو يجنى أو ينتج منها وقيمته على وجه التقريب . الحجز هنا حجز منقول ، بالرغم من أنه حجز ثمار متصـــــلة بالأرض ومـــزروعات لاتـــزال قائمـــة ولم تحصـــد

وان كان النص يجرى على نضج الثمار والمحصولات مدة لا تزيد على خمسة واربعين يوما . فالثمار والمزروعات لا تزال اذن عقارا بطبيعته لاتصالها بالأرض ، ولكن حجزها هو حجز منقول لانه نظر اليها باعتبارها منقولا بحسب المال إذ لابد من حصدها فى مدة لا تزيد على خمسة واربعين يوما .

ويمكن أن يستخلص من هذه النصوص قاعدة عامة ، واعتبار هذه النصوص مجرد تطبيق لها . وهذه القاعدة هى : حيث ينظر القانون (فى حقوق الامتياز وفى حجز المنقول) ، أو المتعاقدان (فى بيع المحصول والثمار وخشب الأشجار وانقاض البناء ومنتجات المناجم والمحاجر) . الى عقار بطبيعته على أنه موشك أن يؤول منقولا بحصده أو هدمه أو قطعه أو اقتلاعه ، ويجرى التعامل على أساس ايلولة العقار منقولا . فان العقار بطبيعته يأخذ عندئذ حكم المنقول ، ويكون منقولا بحسب المآل .

ونبحث الشروط الواجب توافرها ليكون العقار بطبيعته منقولا بحسب المآل ، ثم نستعرض تطبيقات معينة للمنقول بحسب المآل فى أربع حالات : المحصول والثمار ، بيع خشب الأشجار ، بيع أنقاض البناء ، بيع منتجات المناجم والمحاجر .

٣٠ — شروط المنقول بحسب المآل :

يستخلص مما قدمناه أن هناك شرطين يجب توافرهما ليكون العقار بطبيعته منقولا بحسب المآل . فيجب أولا أن يكون التعامل فى العقار بطبيعته . فى نظر المتعاقدين أو فى نظر القانون ، قد جرى لا على أساس حقيقة العقار فى الحال ، بل على أساس ما يصير اليه فى المآل . ويجب ثانيا أن يكون المصير المحقق القريب لهذا العقار هو أن يصبح بالفعل منقولا :

١ — فيجب أن يكون التعامل قد جرى لا على أساس حقيقة العقار فى الحال بل على أساس ما يصير اليه فى المآل : فاذا باع صاحب

المحصول أو الثمار محصوله أو ثماره لمشتر ، فكل منهما قد نظر فى هذا التعامل الى المحصول أو الثمار لا على أنه متصل بالأرض أو قائم على الشجر ، بل على أنه قد تم حصده أو قطفه فأصبح منقولا ، فهما يتبايعان فى منقول لا فى عقار . وكذلك اذا نظر القانون الى المحصول أو الثمار من ناحيه امكان الحجز عليه حجز منقول (saisie - brandon) فانه ينظر لا الى محصول متصل بالأرض أو الى ثمار قائمة على الشجر ، بل الى محصول قد تم حصده أو الى ثمار تم قطفها . والعقار بطبيعته الذى سيصبح منقولا هو عقار متصل بالأرض ، كالمحصول والثمار والشجر والبناء والمعادن والأحجار فى بطون المناجم والمحاجر . وليس من الضرورى أن يتعامل المالك فى هذا العقار مستقلا عن الأرض ، فقد يبيع الأرض والبناء معا على أن تنصرف ارادة المتعاقدين الى هدم البناء ، فيكون المشترى فى هذه الحالة قد اشترى البناء باعتباره منقولا بحسب المآل بالرغم من أنه اشتراه غير مستقل عن الأرض ، وعلى العكس من ذلك قد يبيع صاحب البناء البناء مستقلا عن الأرض دون أن تنصرف ارادة المتعاقدين الى هدم البناء ، فيكون البناء فى هذه الحالة عقارا على أصله بالرغم من أنه بيع مستقلا عن البناء (١) .

٢ — ولا يكفى أن يكون التعامل قد جرى على أساس ما يصير اليه العقار فى المآل ، بل يجب فوق ذلك أن يكون المصير المحقق القريب للعقار هو أن يصبح منقولا . فالادارة وحدها لا تكفى لاضفاء صفة المنقول على العقار ، كما أنها لم تكف لاضفاء صفة العقار على المنقول فى العقار بالتخصيص . وكما وجب فى العقار بالتخصيص أن يقوم الواقع الى جانب الارادة وأن يخصص المنقول بالفعل لخدمة العقار أو استغلاله ، كذلك يجب فى المنقول بحسب المآل أن يقوم الواقع الى

(١) Fréjaville ص ٦٧ — ص ٧٠ — حسن كيرة فقرة ٢٤ ص ١٠٧ — ص ١٠٨ — عبد المنعم البدراوى فى المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٧ — اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٩٥ — ص ٩٦ — منصور مصطفى منصور فى نظرية الحق ص ٢٦٠ .

جانب الارادة وأن يكون العقار معدا بالفعل للانفصال عن الأرض فى مستقبل قريب وأن يكون مصيره المحتوم هو هذا الانفصال . وقد يستخلص هذا المصير المحتوم من طبيعة الأشياء ، كما فى المحصول والثمار . فهذه ليست معدة للبقاء فى الأرض ، بل هى لا شك ستنفصل عنها وتصبح منقولا عندما يتم نضجها . كما يجوز أن يستخلص المصير المحتوم من الاعداد الفعلى من جانب المالك للعقار الذى سيصبح منقولا . فصاحب الأشجار ، اذا باع خشبها بعد أن أعد الشجر للقطع ، يكون بهذا الاعداد قد جعل المصير المحتوم للخشب أن ينفصل عن الشجر ، بحيث لا يتصور تنفيذ البيع بدون هذا القطع . كذلك صاحب البناء ، اذا باعه أنقاضا ، يجب أن يكون قد أعد البناء للهدم فعلا ، اذ لا يتم تنفيذ البيع بغير هذا الهدم . وينبنى على ذلك أن ميعاد تحويل العقار الى منقول يجب أن يكون محددا ، أو فى القليل قابلا للتحديد ، وأن يكون هذا الميعاد قريبا . فاذا لم يكن مصير العقار محققا على هذا النحو ، لم يجز اعتباره منقولا بحسب المآل (١) . ومن ثم اذا اشترط المالك على المستأجر أن يهدم عند نهاية الايجار المبانى التى يكون قد أنشأها ، محتفظا لنفسه بحق استبقائها اذا أراد فى مقابل دفع قيمتها ، فان هذه المبانى تعتبر عقارا بطبيعته لا منقولا بحسب المآل ، لأن مصيرها غير محقق ، فقد تهدم فتصبح منقولا ، وقد يستبقيها المالك فتبقى عقارا (٢) .

---

(١) Fréjaville ص ٧٩ — ص ٨٩ — حسن كيرة فقرة ٤٢ ص ١٠٧ — ص ١٠٨ — عبد المنعم البدراوى فى المدخل للقانون الخاص فقرة ٢٥٨ ص ٣٥٧ — اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٩٦ — منصور مصطفى منصور فى نظرية الحق ص ٢٦٠ .

(٢) نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦ ص ٩٢ — حسن كيرة فقرة ٣٤ ص ١٠٨ — ص ١٠٩ — بل ان البناء الذى اقامه المستأجر فى العين المؤجرة لينتفع به مدة الايجار ، محتفظا لنفسه بحق هدمه عند انتهاء المدة ، يعتبر عقارا بطبيعته ، لأن المستأجر وقت ان اقامه اعتزم الانتفاع به كعقار (ديمولومب ٩ فقرة ١٠٤ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٢٠) .

فاذا توافر الشرطان سالفا الذكر ، فان العقار يكون منقولا بحسب المآل . وتنطبق عليه أحكام المنقول كما سنرى فى التطبيقات التى سنوردها . ويلاحظ أن العقار الذى يعتبر منقولا بحسب المآل ليس شيئا مستقلا لم يوجد بعد ، بل هو شىء حاضر موجود فعلا . والأمر المستقبل فيه ليس هو وجوده بل هو صفته كمنقول . فهو فى حقيقته عقار فى الحال ومنقول فى الاستقبال (١) .

وننتقل الان الى التطبيقات المختلفة للمنقول بحسب المال .

٣١ — المحصول والثمار :

المحصول وهو لا يزال متصلا بالأرض . والثمار وهى لا تزال نائمة على الأشجار ، كل هذا يعتبر فى الأصل عقارا بطبيعته كما سبق القول (٢) . ولكن قد يصبح المحصول والثمار منقولا بحسب المآل . اذا نظر اليه القانون أو المتعاقدان باعتبار مصيره المحتوم ، فهو غير باق فى الأرض ولابد أن يفصل عند نضجه .

ويتحقق أن يكون المحصول والثمار منقولا بحسب المآل فى حالة الحجز وفى حالة البيع (٣) .

أما فى حالة الحجز فقد رأينا أن المادة ٣٥٤ مرافعات الواردة فى باب حجز المنقول لدى المدين تنص على أنه « لايجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وأربعين يوما » . ويجب أن يبين المحضر بالدقة موضع الأرض واسم الحوض ورقم القطعة ومساحتها وحدودها ونوع المزروعات أو نوع الأشجار وعددها

---

(١) بيدان وفواران ٤ فقرة ١٠٨ — دى باج وديكرز ٥ فقرة ٧٢٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٨٤ ص ٨٨٦ . حسن كيرة فقرة ٣٣ ص ١٠٤ — ص ١٠٥ — اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٩٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٠ .

(٣) ومثل البيع عقود اخرى كالهبة والشركة والقسمة ، ولكن البيع هو اهم العقود واكثرها وقوعا (بودرى وشوفو فقرة ٥٠ ص ٤٦) .

وما ينتظر أن يحصد أو يجنى أو ينتج منها وقيمته على وجه التقريب » .
والمفروض هنا أن الحجز هو حجز المنقول . والأصل أن دائنى المالك ، اذا أرادوا التنفيذ بطريق الحجز على ما للمالك من محصــول وثمار لا تزل متصلة بالأرض او بالشجر ، وجب أن يكــون الحجز هو الحجز العقارى لا حجز المنقول ، لأن المحصول والثمار تعتبر عقارا بطبيعته ما دامت متصلة بالأرض والشـــجر . ولكن القانون ، رعاية لمصــلحة الدائنين ، أجاز النظر الى المحصول والثمار باعتبارها منقولا بحسب المآل . فجعل الحجز عليها حجز منقول لا حجز عقار ، وهو حجز أقل كلفه وابســط فى الاجراءات . بشرط أن يكون المحصـــول والثمار قد قاربت النضـــج ولم يبق أكثر من خمســـة وأربعين يوما على تمـــام نضـــجها (١) .

وقد يبيع صاحب الأرض المحصول وهو لا يزال متصلا بها والثمار وهى لاتزال قائمة على الشجر . بل ان بيع الثمار وهى قائمة على الشجر هو المألوف فى التعامل . فيكون البيع فى هذه الحالة واقعا على المحصول والثمار منظورا اليها . لا بحسب حقيقتها فى الحال وهى أنها عقار بطبيعته، بل بحسب مصيرها فى المآل بعد أن تحصد أو تقطف . فيعتبر البيع هنــا بيع منقول لا بيع عقار . ومن النتائج التى تترتب على ذلك ما يأتى :

١ ـــ يسرى على هذا البيع أحكام بيع المنقول . لا أحكام بيع العقار من ذلك أن دعوى تكملة الثمن للغبن فى بيع عقار شخص لاتتوافر فيه الأهلية (م ٤٢٥ ـــ ٤٢٧ مدنى) لا تقوم فى هذا البيع . فاذا كانت الأرض التى أنبتت المحصول أو الثمار مملوكة لقاصر وبيع المحصول أو الثمار بغبن

---

(١) وفى فرنسا تقضى المادة ٦٢٦ مرافعات بجواز توقيع حجز المنقول على المحصول والثمار ، بشرط الا يزيد الوقت الباقى على تمام نضجها ستة أسابيع . ويسمى الحجز فى هذه الحالة saisie - brandon ، ولفظ brandon معناه وبطات من القش توضع فوق قوائم مثبتة فى الأرض المحجوز على محصولها أو ثمارها علامة على الحجز ، وقد بطلت هذه العلامة وبقى الاسم (بودرى وتيسييه فقرة ٤٩ ص ٤٤) .

فاحش يزيد على الخمس ، فلا رجوع للقاصر على المشترى بدعوى تكملة الثمن • ومن ذلك أيضا أن المادة ٤٦١ مدنى وهى خاصة ببيع المنقول تسرى فى هذا البيع ، وهى تقضى بأنه « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك • وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » (١) •

٢ — لا يكون لمشترى المحصول أو الثمار الا حق عينى على منقول، فيكون حقه منقولا • ومن ثم لا يستطيع الالتجاء فى حمايته الى دعاوى الحيازة اذ هى لا تحمى الا العقار (٢) ،

٣ — الدعوى التى يقيمها مشترى المحصول أو الثمار على البائع فى شأن هذا البيع تكون دعوى منقولة لا دعوى عقارية ، فتدخل فى اختصاص محكمة موطن البائع ، لا المحكمة التى يوجد فى دائرتها الأرض التى أنبتت المحصول أو الثمار (٣) •

٤ — لما كان البيع يقع على منقول لا على عقار ، فهو غير واجب التسجيل لنقل الملكية ، ومن ثم لا محل لدفع رسوم التسجيل • وتنتقل الملكية بمجرد العقد ، لأن البيع واقع على منقول معين بالذات (٤) •

٥ — اذا حجز دائن على الأرض التى أنبتت المحصول والثمار ، فان بيع المحصول والثمار يسرى فى حق الدائن الحاجز ، مالم يكن تاليا لتاريخ تسجيل التنبيه فقد نصت المادة ٤٠٦ مرافعات على أن « تلحق بالعقار ثماره وايراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه وللمدين ان يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من اعمال الادارة الحسنة • ولكل دائن بيده سند تنفيذى ان يطلب بعريضة من قاضى التنفيذ أمرا بتكليف

---

(١) نقض فرنسى ٣ ابريل سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢ — ١٢ يوليه سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ٦١ •

(٢) نقض فرنسى ١٤ فبراير سنة ١٨٩٩ داللوز ٩٩ — ١ — ٢٤٦ •

(٣) نقض فرنسى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ٢٣ يناير سنة ١٩٢٥ •

(٤) اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٩٨ •

أحد المحضرين أو الدائنين أو غيرهم حصاد المحصولات وجنى الثمار وبيعها • وتباع الثمار والمحصولات فى كلتا الحالتين بالمزاد أو بأية طريقة أخرى يأذن لها القاضى ويودع الثمن خزانة المحكمة » (١) •

هذا ويلاحظ أن صاحب الأرض اذا كان قد أجرها • فان المستأجر يصبح دائنا للمؤجر بالمحصول والثمار التى تنتجها الأرض ، وحقه هذا هو حق شخصى يقع على منقول بحسب المآل ، ولا يصبح المستأجر مالكا للمحصول والثمار الا بجنيها ، أما قبل الجنى فالمستأجر لا يعدو أن يكون دائنا شخصيا للمستأجر (٢) كما سبق القول •

٣٢ — خشب الأشجار :

وقد يبيع مالك الأرض خشب الأشجار القائمة باعتبارها معدة للقطع ، ويكون البيع واقعا على الخشب المقطوع لا على الشجر القائم ، ويعتبر الخشب هنا منقولا بحسب المآل ، ويكون بيعه بيع منقول لا بيع عقار (٣) •

ويترتب على أن البيع هنا هو بيع منقول لا بيع عقار نفس النتائج التى أسلفناها فى بيع المحصول والثمار فتسرى على البيع أحكام بيع المنقول لا أحكام بيع العقار ، ويمتنع الالتجاء الى دعاوى الحيازة ، وتختص محكمة موطن البائع ، ولا يكون هناك تسجيل ، وتلحق الثمار بالعقار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية (٤) •

---

(١) انظر فى هذه النتائج أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٨ — بودرى وشوفو فقرة ٥١ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٨٢ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٢١.

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٤٩ ص ٤٥ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٢١ ص ٧٣٧ •

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٩ — Fréjaville ص ٦٣ — ص ٦٥ — بلانيول وريبير وبيكار — فقرة ١٠٤ ص ١٠٦ — شوفو فى المنقول بحسب المآل (بحث فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٥٧٣ وما بعدها) — نقض فرنسى ٣ ابريل سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢ — ١٢ يوليه سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ٦١ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٤ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ٢٣ يناير سنة ١٩٢٥ •

(٤) انظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٤ •

٣٣ — أنقاض البناء :

وقد يبيع صاحب البناء بناءه منفصلا عن الأرض ومنزوعا منها ، لا باعتباره بناء قائما ، بل باعتباره أنقاضا مهدومة . ويقع ذلك عند ماترتفع أسعار مواد البناء ، فتزداد الرغبة فى شراء المبانى القديمة لهدمها أنقاضا والاستفادة مما يصلح منها للبناء كالأبواب والشبابيك والبلاط والحديد ونحو ذلك . فيكون البيع هنا أيضا بيع منقول بحسب المآل ، وتجرى أحكام بيع المنقول لا أحكام بيع العقار ، وقد سبقت الاشارة الى بعض النتائج التى تترتب على ذلك (١) .

ويجب التمييز ، فى عقد بيع أنقاض البناء ، بين تكوين عقد البيع فى ذاته وبين الآثار التى تترتب عليه . فعقد البيع عند تكوينه لا يكون قد أحدث آثاره من جعل البناء منقولا بحسب المآل ، بل يكون البناء لايزال معتبرا عقارا ، ويقتضى البيع الوارد عليه أهلية التصرف . فلا تكفى أهلية الادارة كما كانت تكفى لو أن البيع وقع على المحصول والثمار أو على خشب الأشجار فان كلا من هذين البيعين الأخيرين يعتبر من أعمال الادارة (٢) . وعلى ذلك يجب أن يكون البائع للبناء قد توافرت فيه أهلية التصرف ، بأن يكون قد بلغ سن الرشد غير محجور عليه أو أن يكون وليا يملك التصرف أو وصيا أو قيما قد حصل على الاذن الواجب من المحكمة. فاذا انعقد البيع صحيحا على هذا النحو أنتج أثره ، فيصبح البناء منقولا بحسب المآل على الوجه الذى بيناه ، ويصبح البيع بيع منقول لا بيع عقار (٣) كما سبق القول .

واذا باع صاحب البناء الأرض والبناء معا لمشتر ، وباع البناء وحده باعتباره منقولا بحسب المآل لمشتر آخر ، فالعبرة فى تقديم أحد المشتريين

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣١ — فقرة ٣٢ .

(٢) ديمولومب ٩ فقرة ١٨٠ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٩ .

(٣) انظر فى هذه المسألة ديمولومب ٩ فقرة ١٨٠ — ديرانتون ٤ فقرة ٣٧ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٤ ص ١٩ هامش ٣٦ . بودرى وشوفو فقرة ٥٢ .

على الآخر بالتاريخ الثابت للبيع الصادر له • فان كان البيع الواقع على البناء وحده هو السابق ، تقدم مشترى البناء على المشترى الآخر فيما يتعلق بالبناء • وان كان البيع الواقع على الأض والبناء معا هو السابق، تقدم المشترى فى هذا البيع ، الا اذا كان مشترى البناء قد تمكن من هدم البناء واستولى على الأنقاض وهو حسن النية أى لا يعلم بسبق بيع الأرض والبناء ، فانه يستطيع عندئذ أن يتمسك بالحيازة (١) • ويسرى الحكم نفسه فى المفاضلة ما بين مشتريين متعاقدين للبناء وحده باعتباره منقولا بحسب المآل (٢) •

ويسرى بيع البناء باعتباره منقولاً بحسب المآل فى حق الدائنين الشخصيين للبائع ، الا اذا استطاع هؤلاء أن يطعنوا فيه بالدعوى البوليصية (٣) • أما بالنسبة الى الدائن المرتهن للارض والبناء معا ، فان كان بيع البناء سابقا فى تاريخه الثابت على ترتيب الرهن ، فان المشترى للبناء يستطيع الاحتجاج بالبيع الصادر له على الدائن المرتهن دون حاجة الى تسجيل البيع لأنه بيع منقول (٤) • واذا كان بيع البناء لاحقا لترتيب الرهن ، فانه لا يحتج بالبيع على الدائن المرتهن ، الا اذا تمكن المشترى من الاستيلاء على الأنقاض وهو حسن النية فانه يستطيع عندئذ أن يتمسك بالحيازة • ويجوز لدائن المرتهن فى هذه الحالة الاحتفاظ بحقه فى التقدم على ثمن البناء وهو فى يد المشترى (٥) •

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥١ — شوفو فى المنقول بحسب المآل فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٣٧ — فقرة ٤٠ •

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ — شوفو فى المنقول بحسب المآل فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٠ — نقض فرنسى ٣ اغسطس سنة ١٨٣١ سيريه ٣١ — ١ — ٣٨٦ •

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥٢ •

(٤) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥٢ هامش ٣ — شوفو فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٢ — نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ — ١ — ٣٤٣ •

(٥) بودرى وشوفو فقرة ٥٣ ص ٥٢ — شوفو فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٢ — فقرة ٤٩ — نقض فرنسى ١٥ يوليه سنة ١٨٦٧ سيريه ٦٨ — ١ — ٩ •

٢٤ — المعادن والاحجار فى المناجم والمحاجر :

حكم المعادن فى المناجم هو حكم الاحجار فى المحاجر . فكل من المعادن والأحجار وهى فى باطن الأرض أو فى داخل الجبال تعتبر جزءا من الأرض أو الجبل ، فهى اذن عقار بطبيعته . فاذا أعطى شخص الحق فى استخراجها والاستيلاء عليها ، فانه يكون عند ذلك يتعامل فى عقار بطبيعته قد هىء للانفصال عن المنجم أو المحجر ، فهو اذن منقول بحسب المآل . ولما كانت المناجم وما تحويه من معادن مختلفه تعتبر من أهم مصادر الثروة القومية . لذلك فانها تخضع عادة لنظام ادارى مفصل يبدأ بترخيص فى الكشف وينتهى بمنح امتياز لمدة معينة . فالأحكام القانونية التى تخضع لها المعادن تحتويها النظم الادارية ولا شأن لنا بها فى هذا المكان (١) . ونقتصر على الكلام فى المحاجر ، وهى أيضا تخضع لنظم ادارية ، ولكن هذه النظم أبسط من تلك التى تخضع لها المناجم .

والغالب أن العقد اذا وقع على منتجات المحجر . فهو بيع لهذه المنتجات (٢) . ومن ثم يكون بيعا لمنقول بحسب المآل ، فيكون بيع منقول لا بيع عقار بما يترتب على ذلك من نتائج (٣) .

ومن أهم هذه النتائج أنه لا محل لتسجيل البيع . لأنه بيع منقول. فاذا باع المالك العقار الذى فيه المحجر . كان هذا بيع عقار ووجب تسجيله . واذا باع لمشتر آخر الحق فى استخراج الأحجار من المحجر. كان هذا بيع منقول كما قدمنا ، ويكون حق مشترى الأحجار حجة على

---

(١) انظر قانون المناجم والمحاجر فيما يلى فقرة ٣٥٥ وما بعدها .

(٢) انظر الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية فقرة ١١ ص ٣٧ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٣١ — فقرة ٣٢ — وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٧ Dabin فى الطبيعة القانونية لحق استخراج المنتجات من الأرض بروكسل سنة ١٩٤٧ ص ٦٣ — نقض فرنسى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٤٨٩ .

المشترى الأول اذا كان سابقا فى التاريخ الثابت على بيع العقار • وذلك دون حاجة الى تسجيل البيع الصادر الى مشترى الأحجار • ومع ذلك فان القضاء الفرنسى يذهب الى أن بيع الأحجار باعتبارها منقول بحسب المآل ، وان اعتبر بيع منقول فيما بين المتعاقدين ، يعتبر بيع عقار بالنسبة الى الغير ، فيجب اذن تسجيل بيع الأحجار وأن يكون التسجيل سابقا على تسجيل بيع العقار حتى يستطيع مشترى الأحجار أن يحتج بالبيع الصادر له على المشترى للعقار (١) • وينتقد الفقه الفرنسى هـــذا القضاء (٢) ، فان وصف الشىء يبقى واحدا فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير ، ولايجوز أن يتغير فى حالة عما هو عليه فى الأخرى ، فــاذا كانت الاحجار منقولا بحسب المآل فيما بين المتعاقدين ، وجب أن تبقى كذلك بالنسبة الى الغير • واذا كان الحق فى استخراج الأحجار مــن شأنه أن ينتقص كثيرا من قيمة العقار فوجب أن يعلم بوجوده المشترى للعقار حتى لايفاجأ ، فان طريق العلم بوجود هذا الحق ليس حتما أن يكون هو التسجيل ويكفى ، حتى يعلم المشترى بوجود هذا الحق عقد الشراء ، العلامات المادية الظاهرة التى لابد من وجودها عندما يقوم صاحب الحق بأعمال الاستغلال لاستخراج الأحجار (٣) •

---

(١) نقض فرنسى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٤٨٩ — ٢٧ يناير سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٧ — ١٩٧ — ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٩ سريه ١٩٥٠ — ١ — ١٠٠ •

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ — بلانيول وريبير وبولانجيــه ١ — فقرة ٢٦٨٤ — بلانيول وريبير وبيكيه ١٣ فقرة ٩٠١ — دى باج وديكرز ٥ فقرة ٧٣٢ — وانظر ايضا فى انتقال الفقه المصرى لهذا القضــاء اسماعيل غانم فى النظرية العامة الحق ص ٩٩ — ص ١٠٠ — شمس الدين الوكيــل فى التأمينات فقرة ٧٩ ص ٢٢٦ — حسن كيرة فقرة ٣٥ ص ١١١ — ص ١١٣ •

وانظر فى تأييد القضــاء الفرنسى Fréjaville ص ١٧٧ — ص ١٨٤ وص ١٩٣ — ص ٢٠٨ — الوران ٥ فقرة ٤٢٩ — مارتى ورينو ١ فقرة ٣٢٥ — كاربونييه ص ٦٤ •

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٨ — ص ١٠٩ •

ويكاد الاجماع ينعقد فى الفقه الفرنسى على أن بيع المنقول بحسب المآل ، سواء كان بيع محصول وثمار أو بيع خشب الأشجار أو بيـــع أنقاض البناء أو بيع المعادن والأحجار ، هو بيع منقول لا بيع عقار ، ومن ثم لايخضع للتسجيل • وتسرى عليه سائر احكام بيع المنقول (١)•

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٥ ص ١٠٩ والمراجع المشـــار اليها فيه .

الفــرع الثانى

تقسيمات أخرى للأشياء المادية

٣٥ — التقسيمات الأخرى محل البحث :

قدمنا (١) • أن هناك تقسيمات أخرى للأشياء المادية ، نبحث منها تقسيم الشىء الى قابل للاستهلاك وغير قابل له ، وتقسيمه الى مثلى وقيمى فى مبحث أول ، وفى المبحث الثانى تقسيم الأشياء المملوكة للدولة الى أشياء عامة وأشياء خاصة (٢) •

المبحث الأول

القابل للاستهلاك وغير القابل له — المثلى والقيمى

المطلب الأول

الشىء القابل للاستهلاك والشىء غير القابل له

(Chose consomptible et chose non consomptible)

٣٦ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٤ مدنى على ما يأتى :

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣ .

(٢) وكان المشروع التمهيدى يشتمل على تقسيم آخر يتعلق بالأموال الموقوفة ، فكانت المادة ١١٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « الأموال الموقوفة هى التى تزول عنها الملكية الخاصة ترصد منفعتها على الفقراء او على جهة بر معينة ، او على عمل متعلق بالصالح العام ، سواء كان ذلك فى الحال او بعد انقراض المستحقين المذكورين فى اشهاد الوقف » ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٩ فى الهامش) •

« ١ — الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها أو انفاقها » .

« ٢ — فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر انبيع » (١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن التقسيم كان معروفا فى عهد هذا التقنين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨٧ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٤ — ولا مقابل للنص لافى التقنين المدنى العراقى ولا فى قانون الملكية العقارية اللبنانى — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٢٩ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٥٧ (٢) .

ونعرض أولا للتمييز بين الشىء القابل للاستهلاك والشىء غير القابل له ، ثم نبين الأهمية العملية لهذا التمييز .

---

(١) **تاريخ النص** : وعند هذا النص فى المادة ١١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٨٤ مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٢ — ص ٤٧٣) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٨٧ (مطابق)

التقنين المدنى الليبى م ٨٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى م ٢٩ : ١ — الاشياء الاستهلاكية هى مالايتحقق الانتفاع بها الا باستهلاكها أو انفاقها . ٢ — ويعتبر استهلاكيا كل ما أعد فى المتاجر للبيع . (واحكام التقنين الكويتى تطابق أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ٥٧ : ١ — الاشياء الاستهلاكية هى ما لايتحقق الانتفاع بخصائصها الا باستهلاكها . ٢ — أما الاستعمالية فهى مايتحقق الانتفاع بها باستعمالها مرارا مع بقاء عينها .

(واحكام التقنين الأردنى يتفق مع احكام التقنين المصرى) .

٢٧ — التمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له:

الشيء القابل للاستهلاك هو الشيء الذى أعد بطبيعته لأن يكون أول استعمال له هو فى استهلاكه ، فهو غير قابل للاستعمال مرة بعد مرة مع بقائه دون أن يستهلك ، والاستهلاك اما أن يكون ماديا (matérielle) كما هو الأمر فى الطعام والشراب ، فالطعام لا يستعمل الا عن طريق استهلاكه بالأكل وكذلك الشراب • واما أن يكون الاستهلاك قانونيا (juridique) ، وذلك كالنقود فاستعمالها الأول يكون بالانفاق ، والانفاق لا يستهلك النقود استهلاكا ماديا وانما يستهلكها استهلاكا قانونيا فيضيع قيمتها على من أنفقها (١) (انظر م ١/٨٤ مدنى) •

والشيء غير القابل للاستهلاك هو الشيء الذى يمكن استعماله مرة بعد مرة دون أن يستهلك فالملابس غير قابلة للاستهلاك ، اذ يمكن استعمالها مرة بعد أخرى وقد أعدت لذلك بحسب طبيعتها • وليس معنى ذلك ان الملابس لاتبلى ، بل هى تبلى بطول الاستعمال ، ولكنها مع ذلك قابلة لأن يتكرر استعمالها مدة طويلة أو قصيرة دون أن تبلى ، فهى بخلاف الشيء القابل للاستهلاك لاتبلى بمجرد استعمالها مرة واحدة• ويصدق ذلك أيضا على المنزل والمفروشات والأثاث والالات والادوات والسيارة والمكتب والكتاب والقلم ، فهذه كلها قابلة للاستعمال مرة بعد أخرى ، ولا تبلى الا بعد استعمالها مدة من الزمن ، طالت هذه المدة أو قصرت •

والأصل فى معرفة ما اذا كان الشيء قابلا للاستهلاك أو غير قابل له أن يرجع الى طبيعته ، فالطعام والشراب والنقود طبيعتها تقتضى أن تستهلك استهلاكا ماديا أو قانونيا بمجرد استعمالها أول مرة (٢) • والملابس والآلات والسيارة والكتاب طبيعتها ألا تستهلك بمجرد

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٦ •

(٢) بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٥٦ ص ٦٢ — Humbert رسالة من باريس سنة ١٩٤٠ •

استعمالها أول مرة ، بل هي تقبل الاستعمال مرة بعد أخرى .

ومع ذلك فالنية قد تتدخل وتتغلب على طبيعة الشيء ، فتجعل الشيء الذي هو بطبيعته قابل للاستهلاك غير قابل له ، وذلك كالنقود اذا أعيرت لصراف لعرضها واعادتها بعينها بعد ذلك ، فتنقلب من شيء قابل للاستهلاك بطبيعته الى شيء غير قابل للاستهلاك بحسب نية المتعاقدين . وقد تتدخل النية فتجعل من الشيء غير القابل للاستهلاك بطبيعته شيئا قابلا للاستهلاك ، وذلك كالاشياء التي أعدت في المتاجر للبيع ، فهذه بعضها غير قابل للاستهلاك بطبيعته كالمفروشات والالات والسيارة والملابس ، ولكنها أعدت للبيع ، فتعتبر بحسب ما اعدت له قابلة للاستهلاك استهلاكا قانونيا ، اذ ان استعمالها اول مرة يكون ببيعها اى باستهلاكها على هذا النحو (أنظر م ٢/٨٤ مدنى (١)) .

٣٨ — أهميته هذا التمييز :

للتمييز بين الشيء القابل للاستهلاك والشيء غير القابل له أهمية عملية من نواح متعددة ، نذكر منها الناحيتين الاتيتين :

١ — هناك عقود لا ترد الا على الشيء غير القابل للاستهلاك ، مثل ذلك عقد العاريه . وقد عرفت المادة ٦٣٥ مدنى العاريه بأنها « عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة او فى غرض معين ، على أن يرده بعد الاستعمال » . فالشيء المعار اذن هو شيء يمكن [illegible] ماله مدة معينة دون أن يستهلك ، فهو شيء غير قابل للاستهلاك كذلك عقد الايجار يرد عادة على شيء غير قابل للاستهلاك ، اذ أن العين المؤجرة ترد بعد استعمالها ، ولا فرق بين العاريه والايجار الا فى أن العاريه تكون بغير أجر والايجار يكون باجر . أما القرض فعقد « يلتزم به المقرض أن ينقل الى المقترض ملكية

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٢ .

مبلغ من النقود أو أى شىء مثلى آخر ، على أن يرد اليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته » (م ٥٣٨ مدنى) • ويخلص من هذا التعريف أن القرض يقع على شىء مثلى ، ولكن الشىء المثلى فى القرض يكون عادة شيئا قابلا للاستهلاك هو شىء مثلى والشىء غير القابل للاستهلاك هو شىء قيمى (١) •

٢ — وحق الانتفاع حق عينى يخول صاحبه أن ينتفع بشىء مملوك لغيره ، على أن يرده اليه بعينه عند نهاية مدة الانتفاع ، فالشىء المنتفع به يكون اذن شيئا غير قابل للاستهلاك ، اذ هو يرد بعينه بعد أن يستعمل مدة معينة • وعلى ذلك لا يرد حق الانتفاع الا على شىء غير قابل للاستهلاك . واذا ورد على شىء قابل للاستهلاك فلا يرده المنتفع عينا بل يرد مثله . تغيرت طبيعة حق الانتفاع وسمى بشبه حق الانتفاع (qussi-usufruit) (٢) •

المطلب الثانى

المثلى والقيمى

(Chose fongible et chose non fongible)

٣٩ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٥ مدنى على ما يأتى :

« الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتى تقدر عادة عند التعامل بين الناس بالعد أو المقاس أو الكيل أو الوزن (٣) » •

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٧ •

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٧ ص ٦٢ •

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧ فى المشروع النهائى ثم وافق مجلس النواب =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن التقسيم كان معروفا فى عهد هذا التقنين .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٦٤ — ولا مقابل له فى قانون الملكية العقارية اللبنانى — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٢٨ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٥٦ (١) .

ونعرض هنا أيضا للتمييز بين الشىء المثلى والشىء القيمى ، ونقابل ما بين هذا التمييز والتمييز السابق الخاص بالشىء القابل

= تحت رقم ٨٧ فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٣ — ص ٤٧٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى .
التقنين المدنى السورى م ٨٨ (مطابق) .
التقنين المدنى الليبى م ٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٤ : ١ — الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء وتقدر عادة فى التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن . ٢ — وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمى .
(وأحكام التقنين العراقى تطابق أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٢٨ : ١ — الأشياء المثلية هى ما تماثلت آحادها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفا بلا فرق يعتد به ، وتقدر فى التعامل بالعد أو الكيل أو الوزن أو القياس . ٢ — والأشياء القيمية ما يتفاوت آحادها فى الصفات أو القيمة تفاوتا يعتد به عرفا أو يندر وجود آحادها فى التداول .

(وأحكام التقنين الكويتى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ٥٦ : ١ — الأشياء المثلية هى ما تماثلت آحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفا بلا فرق يعتد به وتقدر فى التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن . ٢ — والقيمية ما تتفاوت أفرادها فى الصفات أو القيمة تفاوتا يعتد به أو يندر عرفا أو يندر وجود آحادها فى التداول .
(وأحكام التقنين الأردنى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

للاستهلاك والشيء غير القابل له . ثم نبين الأهمية العلمية للتمييز بين الشيء المثلي والشيء القيمي •

٤٠ — التمييز بين الشيء المثلي والشيء القيمي :

يقال عن الشيء انه مثلي اذا نسب الى شيء اخر ، فكان كل منهما صالحا لأن يقوم مقام الاخر في الوفاء بالدين • فالشيء لايكون مثليا في ذاته ، كما يكون قابلا للاستهلاك في ذاته ، ولكنه يكون مثليا بالقياس الى مثيله (١) • فلو أن شخصا كان مدينا لاخر بان يسلمه مائه جنيه ، أو مائة أردب من القمح الهندي من صنف متوسط . او مائه قنطار من القطن الأشموني من صنف معين . أو مائه متر من الحرير الصناعي على وصف معين . فان محل الدين — النقود أو القمح او القطن او الحرير — يكون شيئا مثليا • ذلك أن المدين يستطيع أن يفي بدينه باي ورق نقدي عدا دون أن يتقيد باوراق نقديه معينه • ويستطيع المدين كذلك أن يسلم مدينه أيه كميه من القمح الهندي ذي الصنف المتوسط بعد أن يكيل له من هذا القمح مائة أردب ، ولا يستطيع الدائن ان يلزمه بتسليم كمية معينة • وكذلك قل عن القطن فيزن المدين للدائن مائه قنطار من القطن الاشموني من الصنف المعين ، وعن الحرير فيقيس المدين للدائن مائة متر من الحرير الصناعي على الوصف المتفق عليه • ويتبين من ذلك أن الشيء المثلي يتميز بخاصتين : ١ — أنه لا يكون شيئا مثليا في ذاته ، بل بالقياس الى شيء آخر مثله • ٢ — أنه يقدر عادة عن طريق العد أو الكيل أو الوزن أو المقاس ، اذ لا تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به ، بل تتماثل فيقوم بعضها مقام بعض (انظر م ٨٥ مدني) (٢) •

أما الشيء القيمي فهو الشيء المعين بالذات الذى لا يقوم شيء

---

(١) Jambert في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٥ ص ٧٥ وما بعدها — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨ .

(٢) وانظر م ٩١ مدني المانى — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨ .

آخر مقامه فى الوفاء . فبيع منزل معين بالذات أو ماكينة رى معينة بالذات أو قطعة اثرية معينه بالذات ، انما هو بيع يرد على أشياء قيمية لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء . ولابد للبائع من أن يسلم للمشترى نفس المنزل بالذات ولا تبرأ ذمته اذا هو سلم منزلا آخر ولو كان اكبر قيمه ، أو نفس ماكينة الرى أو نفس القطعة الاثرية ولا تبرأ ذمته اذا هو سلم ماكينة رى أخرى ولو كانت أقوى أو قطعة أثريه أخرى ولو كانت أنفس .

٤١ — المقابلة ما بين المثلى والقيمى وبين القابل للاستهلاك وغير القابل له :

ونرى مما تقدم أن التمييز بين المثلى والقيمى يرجع هو ايضا الى طبيعه الأشياء ، كما يرجع التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له فيما مر بنا ، وقد قيل خطأ ان التمييز بين المثلى والقيمى انما يرجع الى نية الطرفين ، فى حين أن التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له يرجع الى طبيعة الأشياء (١) . والصحيح أن المثلى انما يكسب هذه الصفة من طبيعته ، وكذلك يكسب القيمى صفته من طبيعته (٢) . فالتمييز بين المثلى والقيمى يستوى اذن مع التمييز بين

---

(١) ايظر مثلا بودرى وشوفو فقرة ١٨ ص ١٩ — ويبدو أن المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تذهب هى الأخرى هذا المذهب ، اذ تقول : « على أن المعول عليه فى وصف الشىء بأنه مثلى أو قيمى هو جواز قيام شىء آخر من جنسه ونوعه مقامه عند الوفاء ، بحسب قصد العاقدين ، أو عدم جواز ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٤) . وقد قضت محكمة النقض بأن الاشياء المثلية هى التى يعتبر المتعاقدان ان الوفاء بها يتم بتقديم ما يماثلها بدلا منها ، والأشياء القيمية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها لا يتم الا بتقديمها هى عينها . وقد يكون الشىء بعينه مثليا فى احوال وقيميا فى احوال اخرى ، والفصل فى كونه هذا أو ذاك يرجع الى طبيعة هذا الشىء ونية ذوى الشأن وظروف الأحوال ، فعلى اى وجه اعتبره قاضى الموضوع وبنى اعتباره على اسباب منتجة لوجهة رأية فلا رقابة لمحكمة النقض عليه « نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء اول ص ٣٠٠) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠ .

القابل للاستهلاك وغير القابل له ، فى أن كلا منهما يرجع الى طبيعة الأشياء (١) . واذا أريد ايجاد فرق ما بين التمييزين . فهذا الفرق هو أن المثلى انما يكون مثليا لا فى ذاته بل بالقياس الى شىء مثله . وأما الشىء القابل للاستهلاك فهو قابل لذلك فى ذاته دون حاجة الى قياسه على شىء مثله .

ومع ذلك فان الغالب أن يكون الشىء المثلى شيئا قابلا للاستهلاك : كالطعام والشراب والنقود فهى أشياء مثلية وهى فى الوقت ذاته أشياء قابلة للاستهلاك . والغالب كذلك أن يكون الشىء القيمى غير قابل للاستهلاك : كالمنزل والآلة المعينة بالذات فهذه أشياء قيمية وهى فى الوقت ذاته غير قابلة للاستهلاك . وعلى هذا النحو يختلط التقسيمان أحدهما بالآخر ، فيكون التمييز بين المثلى والقيمى هو عين التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له (٢) . ولكن هذا النظر غير دقيق ، فلا يزال التمييز بين المثلى والقيمى غير التمييز بين القابل للاستهلاك وغير القابل له (٣) . واذا كان كل من التمييزين يرجع الى

---

(١) واذا كانت النية تتدخل فى بعض الأحوال الاستثنائية فتجعل الشىء مثليا كنسخة من كتاب تستعيرها مكتبة من مكتبة اخرى لترد مثلها ، وتجعل الشىء قيميا كنسخ من كتب تعار لعرضها فى احد المعارض (ad propem et ostentationem) على أن ترد بعينها ، فقد راينا أن النية تتدخل كذلك فى بعض الأحوال الاستثنائية فتجعل الشىء غير قابل للاستهلاك كالنقود اذا أعيرت لصراف لعرضها واعادتها بعينها ، وتجعل الشىء قابلا للاستهلاك كالسلع غير القابلة للاستهلاك بطبيعتها اذا اعدت فى المتاجر للبيع (انظر آنفا فقرة ٣٧ فى آخرها — وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠ ص ٦٥ — نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٢٨٣) .

(٢) وهذا الخلط يرد عند كثير من الفقهاء وفى بعض التقنينات المدنية كالتقنين المدنى الهولندى (م ٥٦١) والتقنين المدنى الاسبانى (م ٣٣٧) . انظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠ ص ٦٤ ، وانظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٤ .

(٣) انظر التقنين المدنى الألمانى م ٩١ — ٩٢ — وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فالنقود المعدة للعرض =

طبيعة الأشياء كما قدمنا . الا أن المثلى يقوم على قيامه بشيء آخر نظيره . والقابل للاستهلاك يرجع فى صفته هذه الى ذاته دون أن يقاس بشيء آخر .

يدل على ذلك أنه يمكن أن نتصور شيئا مثليا ويكون فى الوقت ذاته غير قابل للاستهلاك . وذلك مثل السيارة غير المعينة بالذات ونسخة من كتاب غير معينة بالذات ، فهذه وتلك شيئان مثليان ، وهما فى الوقت ذاته غير قابلين للاستهلاك . كذلك يمكن أن نتصور شيئا قيميا ويكون فى الوقت ذاته قابلا للاستهلاك ، فكمية من الغلال معينة بالذات هى شيء قيمى بعد أن تعينت بذاتها . وهى فى الوقت ذاته شيء قابل للاستهلاك .

٤٢ — أهمية التمييز بين الشيء المثلى والشيء القيمى :

وللتمييز بين الشيء المثلى والشيء القيمى أهمية كبيرة فى العمل . وذلك أن الشيء المثلى ، كما رأينا ، هو شيء غير معين بالذات بل يعين بنوعه وصفاته ، ويقدر بالعد أو الوزن أو الكيل أو المقاس . والشيء القيمى هو شيء معين بالذات ، فليس هو فى حاجة الى تعيين بالنوع أو الى تقدير بالعد أو الوزن أو الكيل أو المقاس .

فاذا كان هناك التزام بنقل الملكية ، وكان محل هذا الالتزام منقولا مثليا ، فان الملكية لا تنتقل بمجرد العقد ، بل لابد من تعيين المحل وافرازه ، ولابد فى افرازه من تقديره عدا أو كيلا أو وزنا أو مقاسا . فاذا تم الافراز على هذا النحو ، أصبح الشيء المثلى قيميا ، وانتقلت ملكيته الى الدائن بمجرد الافراز . أما اذا كان محل الالتزام منقولا قيميا ، أى شيئا معينا بالذات منذ البداية فلا يحتاج فى تعيينه

= مثلية ولكنها غير قابلة للاستهلاك ، والتحف الأصلية قيمية ولكنها تعتبر قابلة للاستهلاك اذا أعدت للبيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٤) .

الى افراز ، فان الملكية تنتقل فى الحال بمجرد العقد [1] .

المبحث الثانى

الأشياء العامة والأشياء الخاصة (*)

(Domaine public et domaine privé)

٤٣ — التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة :

للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أشياء عامة تملكها ، وقد تملك أيضا أشياء خاصة . ولكل من الأشياء العامة والأشياء الخاصة مقومات وخصائص وأحكام تنفرد بها . فنستعرض كلا من هذين النوعين فى شىء من الايجاز ، اذ أن التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة هو أدخل فى مباحث القانون الادارى ، ولكن التقنين المدنى عرض لهذا التمييز فيما عرض له من تقسيمات الأشياء والأموال .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩ .

(*) **مراجع :** Proudhon فى الدومين العام الطبعة الثانية خمسة اجزاء سنة ١٨٤٤ — De Récy فى الدومين العام الطبعة الثانية سنة ١٨٩٤ — Monteil رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ — Bernard رسالة من باريس سنة ١٩١٠ — Otto-Mayer فى القانون الادارى الألمانى الطبعة الفرنسية الجزء الثالث — Waline رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ — Pelloux رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٢ — Janse فى الميزات لأموال الدومين العام سنة ١٩٣٨ Huet- Guyard رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ Dementhon فى دومين الدولة سنة ١٩٣٩ Duverger رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — Moroger فى تخصيص الأموال الادارية للاستعمال العام سنة ١٩٤٢ .

وانظر فى القانون المصرى : محمد كامل مرسى بحث فى مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة — محمد زهير جرانة فى حق الدولة والأفراد على الأموال العامة سنة ١٩٤٣ .

المطلب الأول

الأشياء العامة

(Domaine public)

٤٤ ــ نص قانوني :

تنص المادة ٨٧ مدنى (المعدلة بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤) على ما يأتى :

« ١ ــ تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص » .

« ٢ ــ وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » (١) .

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ١١٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم . وتخرج هذه الأموال عن التعامل ، فلا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » . وفى لجنة المراجعة جعلت المادة فقرتين ، وعدلت الفقرة الثانية حتى لا تتعارض مع المادة ١١١ من المشروع (م ٨١ مدنى) ، وكذلك حذفت كلمة « المملوكة » من الفقرة الأولى تجنبا للأخذ برأى قاطع فى هل الأموال العامة مملوكة للدولة او ان الدولة حارسة على هذه الأموال . فأصبح النص بذلك مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٩ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اقترح بعض مستشارى محكمة النقض تعديل النص بحيث يشمل الفقرات السبع الأولى من المادة ٩ من التقنين المدنى السابق ، لأن مثل هذا التعديل يجعل حكم النص ينسحب على البرك والمستنقعات المستصلحة المتصلة بالبحر والبحيرات المملوكة للميرى ، والجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو البر او الاحسان سواء كانت الحكومة مكلفة بادارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها . ولم تر اللجنة محلا للأخذ بهذا الاقتراح ، مادام المعيار العام الذى وضعه النص سليما ، والتزم هذا =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٩ — ١٠ / ٢٥ — ٢٦ (١) .

= المعيار يغنى عن ايراد هذه الأمثلة التى اضطر واضعو التقنين السابق الى ذكرها فى عهد لم يكن النظام الادارى فيه قد استكمل مقوماته . ويكفى ان يقرر التقنين المدنى القاعدة العامة فى هذا الشان ، اما التفصيل فهو ادخل فى نطاق القانون الادارى . وقد لاحظت اللجنة فضلا عن ذلك ، فيما يتعلق بالجوامع وهى وقف بطبيعته ، ان الوقت ولو كان خيريا نظام من النظم الخاصة يختلف تصويره عن تصوير الملك العام . وعلى ذلك وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص دون تعديل تحت رقم ٨٧ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٨ — ص ٤٨٣) .

ثم صدر القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤ ، فعدلت العبارة الأخيرة من النص على الوجه الآتى : « أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص » .

(١) **التقنين المدنى السابق** م ٩ وطنى : الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العامة لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ، ولا يجوز حجزها ولا بيعها . انما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر . وتشمل الأملاك الأميرية : أولا — الطرق والشوارع والقناطر والحوارى التى ليست ملكا لبعض أفراد الناس . ثانيا — السكك الحديدية وخطوط التلغرافات الميرية . ثالثا — الحصون والقلاع والخيادق والأسوار والأراضى الداخلية فى مناطق الاستحكامات ، ولو رخصت الحكومة فى الانتفاع بها عمومية أو خصوصية . رابعا — الشواطىء والأراضى التى تتكون من طمى البحر ، والأراضى التى تتكشف عنها المياه ، والمين والمراسى والموارد والأرصفة والأحواض ، والبرك والمستنقعات المستملحة المتصلة بالبحر مباشرة ، والبحيرات المملوكة للميرى . خامسا — الأنهار والنهيرات التى تمكن الملاحة فيها ، والترع التى على الحكومة اجراء ما يلزم لحفظها وبقائها بمصاريف من طرفها . سادسا — المين والمرافىء والأرصفة والأراضى والمبانى اللازمة للانتفاع بالأنهار والنهيرات والترع المذكورة ولمرورها . سابعا — الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو البر والاحسان ، سواء كانت الحكومة قائمة بادارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها . ثامنا — العقارات الميرية ، مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لاقامة والى الأمر أو للنظارات أو المحافظات أو المديريات ، وعلى العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية ، تاسعا — الترسانات والقشلاقات والأسلحة والمهمات الحربية والمراكب الحربية ومراكب النقل أو البوستة . عاشرا — الدفتر خانات العمومية والانتيكخانات والكتبخانات الميرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية . حادى عشر =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٩٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٧١ — ولا مقابل للنص فى قانون الملكية العقارية اللبنانى — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٢٣ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٦٠ (١) .

ويلاحظ أن النص يتحدث عن « الأموال العامة » ناظرا فى ذلك لا الى الأشياء التى هى محل حقوق الدولة ، بل الى حقوق الدولة على هذه الأشياء ، فصح أن تكون هذه الحقوق « أموالا » لا أشياء .

= نقود الميرى ، وعلى وجه العموم كافة الأموال الميرية المنقولة او الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون او أمر .

م ١٠ وطنى : يعد أيضا من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الحربية ، وعلى العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة او توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية .

م ٢٥ مختلط : املاك الميرى ، كالاستحكامات والمين وغير ذلك ، لا تقبل ان تكون ملكا لأحد .

م ٢٦ مختلط : كذلك الحال بالنسبة للأموال المعدة لمنفعة عمومية ، كالطرق والقناطر وشوارع المدن وغير ذلك .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٩٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٧١ (مطابق ، فيما عدا أن التقنين العراقى لا يشمل فى الفقرة الأولى عبارة « أو مرسوم ») .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى م ٢٣ : — كل شىء تملكه الدولة او اى شخص اعتبارى عام ويكون مخصصا للنفع العام بالفعل او بمقتضى القانون ، لا يجوز التعامل فيه بما يتعارض مع التخصيص كما لا يجوز الحجز او وضع يد الغير عليه . ٣ وينتهى التخصيص للنفع العام بالفعل او بمقتضى القانون .

(وأحكام التقنين الكويتى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ٦٠ : ١ — تعتبر اموال عامة جميع العقارات =

ويستوى فى التقسيم الذى نحن بصدده أن يكون تقسيما للأشياء أو للأموال ، فكل شيء عام يكون حق الدولة عليه مالا عاما (domaine public) وكل شيء خاص يكون حــق الدولة عليه مالا خاصــا (domaine privé) فنجرى على أن التقسيم هو تقسيم للأشياء ، مع ملاحظة أنه فى الوقت ذاته تقسيم للأموال على النحو الذى بيناه .

٤٥ — كيف نبت التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة :

بدأ التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصــة فى القــانون الرومانى ، فقــد كان هذا القــانون يميز بين الأشـــياء العــامة (res publicae, loca publica) وهذه تبع للناس كافة ، وبين الأشـــياء المملوكة للخزانة (res fisci, res fiscales) ، وهذه كانت تعتبر فى عهــدة الامبراطورية مملوكة للامبراطور . وكانت الأشياء العامة قســمين : قسما تتمثل فيه المصلحة العامة كطرق المواصلات الرئيسية وهذا تبع للشعب الرومانى بأجمعه ، وقسما تتمثل فيه المصلحة المحلية كالمبانى العامة للبلديات وهذا يكون الدومين العام للاقليم (communia civitatum) على أن الرومان كانوا يخلطون بين الأموال العامة والأموال الخاصة للوحــدات الاقليمية ، وكانوا يعتبرون بعض الأموال أموالا مبــاحة (res communes omnium) كســاحل البحــر ، وبعضها أموالا مقدســـة (res divini juris) كالمعــابد والمدافن . ولكنهم كانوا يرتبون النتــائج القانونية على فكرة تخصيص الأموال العامة لمنفعة الجمهور ، فكانوا يمنعون التصرف فى هذه الأموال ولا يجيزون تملكها بالتقادم . وكان بعض فقهاء القانون الرومانى يذهبون الى أن حق الدولة على الأموال العامة هو حق ملكية ، اذ كانت الدولة تتملك ثمــار هذه الأموال ، واذ

= والمنقولات التى للدولة أو الأشخاص الحكمية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القــانون أو النظام . ٢ — ولا يجوز فى جميع الأحوال التصرف فى هذه الأموال أو الحجز عليها أو تملكها بمرور الزمان .
(واحكام التقنين الأردنى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

كان المال مملوكا للدولة قبل صيرورته مالا عاما فيبقى على ملكية الدولة بعد أن كسب صفة المال العام (١) •

وبقى التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة قائما فى القانون الفرنسى القديم ، واستمر الى عهد الثورة الفرنسية • فالأشياء العامة كانت تشمل طرق المواصلات البرية والنهرية وشواطىء البحار، أما الأشياء الخاصة فكانت مملوكة للملك وكانت تدعى بالدومين الملكى (domaine royal) أو دومين التاج (domaine de la Couronne) وتشمل الأراضى والغابات والقصور وغير ذلك من ضروب الأموال المختلفة ، وتمثل قسما هاما من موارد الدولة • ولم يكن دومين التاج ملكا خاصا للملك بالذات ، والا كان يستطيع التصرف فيه وكان يورث عنه ولو كان الوارث غير الملك الذى خلفه فيفقد دومين التاج بذلك مهمته الرئيسية من توطيد سلطان الملوك المتعاقبين • لذلك سرعان ما تقرر فى أول عهد الملكية أن دومين التاج لا يورث بل ينتقل الى الجالس على العرش من ملوك فرنسا ، ولا يجوز التصرف فيه وتأيد ذلك بأمر صدر فى ١٣ مايو سنة ١٥٦٦ فى عهد الملك شارل التاسع ويعرف بأمر دى مولان (Ordonnance de Moulins) ويسرى حظر التصرف على جميع دومين التاج ما ورثه الملك منها وما اقتناه بعد ذلك • ثم عزز ذلك بعدم جواز تملك دومين التاج بالتقادم ، وتأيد هذا المبدأ بالمنشور الصادر فى أبريل سنة ١٦٦٧ • واعتبر فى مبدأ الأمر حق الملك على دومين التاج حق ملكية ، ومن ثم كان الملك يستطيع أن يفرض ما يشاء من الاتاوات والرسوم على استعمال الناس لهذا الدومين والانتفاع به ، وكانت هذه الاتاوات والرسوم عنصرا هاما من عناصر مالية الملك وميزانيته • ولكن ما لبث الفقهاء فى أواخر القرن السابع عشر ، وبخاصة لوازو

---

(١) انظر فى ذلك جيرار فى القانون الرومانى الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٢٩ ص ٢٦٠ — ص ٢٦٤ — أرانجيورويز فى نظم القانون الرومانى الطبعة الثالثة نابولى سنة ١٩٣٣ ص ١٦٢ — ص ١٦٦ •

(Loyseau) ودوما (Domat) ، أن ميزوا فى دومين التـــاج طائفـة من الأموال اعتبروها مخصصة لمنفعة الناس جميعا ويقتصر سـلطان الملك بالنسبة الى هذه الأموال على ولاية الاشراف عليهـا وحفظها وصيانتها ، فليس له أن يحرم الجمهور من الانتفاع بها أو يقيـد من استعمالها برسم أو اتاوة •

ثم نشبت الثورة الفرنسية ، وحلت سيادة الأمة محل سـيادة الملك ، وأصبح دومين التاج هو دومين الأمة القومى (domaine national) وورد ذلـك فى الدكـريتو الصـادر فيمـا بين ٢٣ نوفمبـر وأول ديسمبر سـنة ١٨٩٠ • وقد بينت المادة الأولى من هـذا الدكريتو الدومين القومى وهو ما كان يعرف قبلا بدومين التاج كما قدمنا ، ثم بينت المادة الثانية من الدكريتو الدومين العـام (domaine public) , وقد شمل الطرق العامة وشوارع المدن وميادينها والأنهار والتـرع الصالحة للملاحة وشواطىء البحر والأراضى التى تتـكون من طمى البحر وتلك التى تنحصر عنها مياهه والمرافىء والمراسى والموارد وبوجه عام كل جزء من الأرض لا يقبل أن يكون محلا للملكية الخاصة • وأراد دكريتو سنة ١٧٩٠ أن يقارب ما بين الدومين القومى والدومين العام، بأن جعل كلا منهما مملوكا للأمة •

ولكن التقنين المدنى الفرنسى خلط ما بين الـدومين القومى والدومين العام وجعلهما شيئا واحدا ، فأورد فى المواد ٥٣٨ — ٥٤١ منه مشتملات الدومين القومى (وهو الدومين الخاص) الى جـانب مشتملات الدومين العام ، وجعلهما جميعا وحدة شاملة مملوكة للدولة وهو لم يقصد فى هذه النصوص أن يميز ما بين الدومين العاموالدومين الخاص ، وانما قصد أن يقرر أن كل أملاك الدومين ، عاما كان أو خاصا، هى ملك الدولة •

وانما كان التمييز بين الدومين العام والدومين الخاص هو من عمل الفقهاء ، وبخاصة الفقيه برودون (Proudhon) الذى كان أستاذ

القانون المدنى وعميد كلية الحقوق بديجون • فقد وضع كتابه المعروف فى الدومين العام فى سنة ١٨٣٣ (الطبعة الثانية فى سنة ١٨٤٤) ، ميز فيه ما بين الدومين العام (domaine public) وهو ما خصص للمنفعة العامة وهو فى جوهره دومين حماية (domaine de protection) ولايعتبر مملوكا لأحد وانما تحوزه الدولة باسم الجمهور ولمصلحته فهى وكيلة عن الجمهور فى حفظه وصيانته ، وبين الدومين الخاص (domaine privé) أو دومين الملكية (domaine de propriété) وهو مملوك للدولة ، ملكية خاصة ولها أن تتصرف فيه وأن ننتفع به وهو قابل لأن يتملك بالتقادم ، وذلك بخلاف الدومين العام فهو غير قابل للتصرف فيه ولا يجوز تملكه بالتقادم (١) •

---

(١) هذا هو أصل التمييز ما بين الأشياء العامة الخاصة فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى قديمة وحديثة .

اما فى الشريعة الاسلامية ، فهناك أموال لا يجوز تمليكها ولا تملكها ، وتشمل المحال التى أعدت لحفظ الحدود والثغور من قلاع وحصون ومرافىء وما يتصل بها من المعدات اللازمة لها . وتشمل كذلك ما جعل للمنافع العامة ، كالطرق النافذة والشوارع والقناطر والجسور المعدة للانتفاع العام ، وذلك ما دامت هذه الأشياء مخصصة للمنفعة التى أعدت لها ، فاذا تغير وصفها واسمها تبعا لتغير معناها بأن صارت شيئا آخر ، أو اخرجت عما كانت قد أعدت له ، تغير حكمها تبعا لذلك (احمد ابراهيم فى المعاملات الشرعية ص ١٠ — على الخفيف ص ٣٥ — محمد ابو زهرة ص ٦٤) . اما المسجد فهو وقف بمجرد جعله مسجدا على قول أبى يوسف ، أو بمجرد الصلاة فيه على قول ابى حنيفة ومحمد . وكذلك يعتبر وقفا السقاية والرباط والمغيرة والخان ، اذا رصدها اصحابها لمنفعة الناس (احمد ابراهيم فى المعاملات الشرعية ص ٤٤٣ وما بعدها) .

فهنا نرى الشريعة الاسلامية تميز بين الأشياء العامة كالطرق والشوارع والقناطر والجسور والقلاع والحصون والمرافىء ، وبين الأشياء الموقوفة كالمسجد والسقاية والرباط والمغيرة والخان . ثم تميز ايضا الأموال المباحة كصيد البر والبحر واشجار الغابات وما فى معادن الأرض من الفلزات ، فمن استولى على شىء منها فهو ملكه ويورث عنه . ويعتبر مالا مباحا الماء والكلا (اى الحشيش الذى ينبت فى الأرض بنفسه من غير أن ينبته أحد) والنار ، وقد قال عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاثة ، الماء والكلا والنار . وشركة الناس فى هذه الأشياء الثلاثة شركة =

وننتقل ، بعد هذه العجالة التاريخية ، الى تفصيل الكلام فى الأشياء العامة ، فنتكلم فى المسائل الآتية : ١ — التخصيص للمنفعة هو معيار الأشياء العامة . ٢ — أمثلة للأشياء العامة أى الأشياء المخصصة للمنفعة العامة . ٣ — تكييف حق الدولة فى الأشياء العامة . ٤ — الأحكام التى تخضع لها الأشياء العامة .

١ — التخصيص للمنفعة العامة هو معيار الأشياء العامة

٤٦ — معيار الأشياء العامة الذى أخذ به التقنين المدنى المصرى هو معيار التخصيص للمنفعة العامة — نبذ المعايير الأخرى :

لما صدر التقنين المدنى المختلط ، كان الفقه الفرنسى لا يزال غير مستقر فى المعيار الواجب الأخذ به لتمييز الأشياء العامة من الأشياء الخاصة . فاشتمل هذا التقنين على نصين ، أخذ فى كل منهما بمعيار يختلف عن المعيار الآخر . فنص فى المادة ٢٥ منه على أن « أملاك الميرى ، كالاستحكامات والمين وغير ذلك ، لا تقبل أن تكون ملكا لأحد» فأخذ هنا بمعيار عدم قابلية الشىء للتملك الخاص حتى يكون شيئا عاما . ولكنه أخذ بعد ذلك بالمعيار الصحيح فى المادة ٢٦ منه ، اذ ينص على ما يأتى : « كذلك الحال بالنسبة للأموال المعدة لمنفعة عمومية ، كالطرق والقناطر وشوارع المدن وغير ذلك » ، فأخذ بمعيار التخصيص للمنفعة العامة .

ثم صدر التقنين المدنى الوطنى السابق ، فاشتمل هو الآخر على

= اباحة لا شركة ملك . فالماء مال مباح ، ولكل أن ينتفع به مع اشتراط عدم الاضرار بغيره ، فاذا احرز صار مملوكا . والكلأ مال مباح ، ومن احرزه ملكه ، وليس لمالك الأرض الذى ينبت فيها الكلأ ان يمنع أى انسان من احرازه وان كان له الحق فى منع الناس من الدخول فى أرضه . والنار مال مباح ، يستضاء بضوئها ، ويصطلى بها ، ويوقد من لهيبها ، وتخاط الثياب حولها . فمن أوقد نارا فى مفازة فانها تكون شركة بينه وبين الناس جميعا فيما تقدم ، وان اوقدها فى موضع مملوك له كان له ان يمنع الناس من الدخول فى ملكه لا من الانتفاع بناره (احمد ابراهيم فى المعاملات الشرعية ص ٢٠) .

مادتين فى الأشياء العامة ، اذ نص فى المادة ٩ منه على أن « الأملاك المدة المخصصة للمنافع العمومية لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ولا يجوز حجزها ولا بيعها . انما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر ، وتشمل الأملاك الميرية : ٠٠٠٠ (حادى عشر) نقود الميرى ، وعلى وجه العموم كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر » • فأخذ التقنين المدنى الوطنى هنا صراحة بمعيار « التخصيص للمنفعة العامة » • وتكرر الأخذ بالمعيار نفسه فى المادة ١٠ من هذا التقنين ، اذ تنص على أنه « يعد أيضا من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق التطرق ٠٠٠ وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية » • فنصوص التقنين المدنى الوطنى جاء أكثر شمولا وأشد ايضاحا وأبعد مدى من نصوص التقنين المدنى المختلط ، وهى متأثرة بما وصل اليه الفقه الفرنسى من نتائج فى خصوص الأشياء العامة (١) ، وبخاصة عندما صرحت هذه النصوص بأن الدومين العام لا يجوز تملكه بوضع اليد ولا يجوز حجزه ولا بيعه (٢) •

---

(١) وقد كان برودون Proudhon كما قدمنا هو أبرز الفقهاء الفرنسيين الذين ميزوا بين دومين الدولة (أى أموال الدولة الخاصة) والدومين العام. وقد قصر الدومين العام على الأشياء ذات النفع العام ، وبين خصائصه من عدم قابلية التصرف فيه وعدم جواز تملكه بالتقادم . وقد تأثر بآراء برودون أعلام الفقه المدنى فى ذلك الوقت ، وبخاصة اوبرى ورو وديمولومب ولوران ، وهؤلاء استبدلوا بعبارة « دومين الدولة » عبارة « الدومين الخاص » ، وصاروا بذلك يميزون بين الدومين الخاص والدومين العام (محمد زهير جرانة ص ٤٤ هامش ٢) .

(٢) وتنوه محكمة النقض بتقدم نصوص التقنين المدنى الوطنى فى خصوص الأشياء العامة فتقول : « اما المشرع المصرى فقد كان أمامه ، وقت وضع القانون المدنى الأهلى ، القانون الفرنسى الذى اقتبس كثيرا من أحكامه ، وكذلك القانون المختلط . فتفادى الغموض والقصور اللذين =

وجاء بعد ذلك التقنين المدنى الجديد ، فأخذ هو أيضا بمعيار « التخصيص المنفعة العامة » فى عبارة واضحة صريحة ، اذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٧ مدنى فيما رأينا : « تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات .. التى تكون مخصصة لمنفعة عامة .. » . ولم يغفل التقنين المدنى الجديد شيئا من مزايا نصوص التقنين المدنى الوطنى ، بل جمعها كلها فى عبارة موجزة واضحة ، وانما تجنب تعداد الأشياء العامة الوارد فى المادة ٩ من التقنين المدنى السابق اكتفاء بما وضعه من معيار التخصيص للمنفعة العامة ، وهو معيار يضع تعريفا عاما تتعين بمقتضاه الأشياء العامة دون حاجة الى تعدادها (١) . ومن ثم رأينا المادة ٨٧ مدنى تنص على ما يأتى : « ١ — تعتبر أموالا عاما العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص . ٢ — وهذه الأموال لايجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » . ويمكن ، من مراجعة هذا النص ، اجمال المزايا التى لم يغفلها التقنين المدنى الجديد فيما يأتى :

= لاحظهما . وافراد للأملاك العامة مواد خاصة اتى فيها ببيان شامل كامل للأموال المخصصة للمنفعة العامة لا يمكن أن يكون محلا للبس او ابهام . فانه بعد أن صدر المادة التاسعة من القانون المدنى بنص قاطع فى حصانة الأموال العامة . بأن قرر صراحة أنه لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ولا يجوز حجزها ولا بيعها ، وانما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون او أمر ، عدد الأملاك الأميرية التى تسرى عليها هذه الأحكام فى احدى عشرة فقرة تناولت كل منها نوعا من انواع المنافع مستقلا ومنفصلا عما سبقه وما لحقه من الأنواع » (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٨) .

(١) وقد رأينا أن بعض مستشارى محكمة النقض اقترح على لجنة مجلس الشيوخ تعديل النص ، بحيث يشمل الفقرات السبع الأولى من المادة ٩ من التقنين المدنى السابق . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، مادام المعيار العام الذى وضعه النص سليما ، والتزام هذا المعيار يغنى عن ايراد هذه الأمثلة التى اضطر واضعو التقنين السابق الى ذكرها فى عهد لم يكن النظام الادارى فيه قد استكمل مقوماته . ويكفى أن يقرر التقنين المدنى القاعدة العامة فى هذا الشأن ، أما التفصيل فهو أدخل فى نطاق القانون الادارى (انظر آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش) .

١ — صرح النص فى عبارة واضحة بأن معيار الأشياء العامة هو التخصيص للمنفعة العامة •

٢ — وبنى على معيار التخصيص للمنفعة العامة أن جعل الأشياء العامة تشمل العقارات والمنقولات على السواء ، فالمنقول كالعقار اذا خصص للمنفعة العامة كان شيئا عاما •

٣ — وبين أن التخصيص للمنفعة العامة ، كما يكون بموجب قانون أو أمر يجوز أن يكون تخصيصا فعليا •

٤ — وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨٧ مدنى يصرح بأن الأموال العامة هى مملوكة للدولة أو للاشخاص المعنوية العامة ، فجاء صريحا فى أن حق الدولة أو الشخص العام على الأموال العامة هو حق ملكية • ولكن لجنة المراجعة حذفت كلمة « المملوكة » ، وذلك « تجنبا للأخذ برأى قاطع فى هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال » (١) •

٥ — وبالرغم من حذف كلمة « المملوكة » ، فقد بقى النص يميز بين الأموال العامة التى للدولة وتلك التى للأشخاص المعنوية العامة • ومقتضى ذلك أن النص اتخذ موقفا صريحا ، فجعل الأموال العامة متعددة : بعضها للدولة وبعضها للأشخاص المعنوية العامة الأخرى • وهذا التعدد يتعارض مع فكرة الحراسة ، اذ لو لم يكن للدولة الا الحراسة والحفظ والصيانة على الأموال العامة دون الملكية ، لاقتضى ذلك وحدة الأموال العامة لا تعددها ، ولاستلزم ذلك عدم التمييز بين أموال عامة للدولة وأخرى للأشخاص المعنوية العامة دون الدولة •

٦ — ولم يغفل النص أخيرا أن ينص صراحة على أهم ما يترتب من الأحكام فى خصوص الأموال العامة : فقال فى الفقرة الثانية من المادة ٨٧ مدنى : « وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » (٢) •

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش •

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٨٠ •

ولم يكن معيار « التخصيص للمنفعة العامة » ، الذى أخذ بـه التقنين المدنى كما رأينا ، هو المعيار الذى ساد فى الفقه الفرنسى فى بداية الأمر • بل سبق هذا المعيار معايير ثلاثة لم تستقر ، وعدل عنها الفقه الادارى الحديث الى معيار التخصيص للمنفعة العامة • ولذلك يكون التقنين المدنى المصرى متمشيا مع أحدث تطورات الفقه الادارى الحديث كما سبق القول •

وأول معيار ساد فى الفقه الفرنسى (١) هـو معيار عدم قابلية الشىء للملكيـة الخاصـة ، قال به ديكـروك (Ducrocq) فى مؤلفـه فى القـانون الادارى (٢) ، وتبعه فيـه برتلمى (Berthélemy)(٣) • وهـذا المعيار يرجع الى طبيعة الأشياء ، فما كان منها غير قابل بطبيعته لأن يتملك تملكا خاصا فانه يدخل ضمن الأشياء العـامة ، وذلـك كالطرق والأنهار والموانى • وفى نظر أصحاب هذا المعيار تكون استحالة تملك الشىء تملكا خاصا هى المبرر لجعله متميزا عن الأشياء التى تقبل التملك الخاص ، ومن ثم يكون شيئا عاما وتسرى عليه أحكام الأشياء العامة وبخاصة عدم جواز التصرف فيه وعدم قابليته للتملك بالتقادم • ولكن سرعان ما لوحظ أن هـذا المعيار ضـيق أكثر مما يجب ، فان كثيرا من الأشياء العامة ، كالمبانى والسكك الحديدية والأسلحة والمهمات الحربية والمنقولات الأثرية والكتب المخزونة فى دور الكتب العامة وغير ذلك ، قابلة للتملك الخاص • وحتى هذه الأشياء التى يقال عنها انهـا غير قابلة للتملك الخاص ، كالطرق والموانى ، يمكن تصورها مملوكة للأفراد والشركات فكثير من الأفراد يملـك طرقا يفتحهـا للجمهـور ويحتفظ

---

(١) وقبل ذلك كان بعض الفقهاء ، ومنهم برودون وتولييه وديرانتون، يرددون عبارة التخصيص للنفع العام ، ولكنهم لم يقصدوا بذلك أن يضعوا معيارا دقيقا للتمييز بين الدومين العام والدومين الخاص ، ولم يعنوا بالبحث عن هذا المعيار . وأول من عنى بهذا البحث هو ديكروك .

(٢) الطبعة السابعة الجزء الرابع ص ٩٥ •

(٣) مؤلفة فى القانون الادارى الطبعة الثالثة عشرة ص ٤٧٣ •

بملكيتها فلا تنتقل الى الدومين العام وتعتبر طرقا خاصة ، كما يمكن أن نتصور أن شركة خاصة تستأثر بملكية احدى الموانى فلا تدخل هذه الميناء فى الدومين العام (١) .

لذلك عدل عن هذا المعيار الضيق الى معيار أوسع ، هو تخصيص الشىء لاستعمال الجمهور (affectation de la chose à l'usage de tous) . فيكون الشىء عاما اذا كان مخصصا لاستعمال الجمهور بطبيعته كما هى الحال فى الأنهار ، أو بارادة السلطة العامة كما هى الحال فى الطرق . وممن يأخذ بهذا المعيار كولان وكابيتان ودى لاموراندبير (٢) ، ويرتبون على الأخذ به ادخال بعض المبانى المملوكة للدولة والأشخاص المعنوية العامة ضمن الدومين العام ، وهى المبانى المخصصة لاستعمال الجمهور كالمدارس والجامعات ومبانى الوزارات والمصحات والمستشفيات والسجون والمحاكم والبورصات والمتاحف والسلخانات والأسواق والمدافن والمعابد وما الى ذلك . ولكن المعيار يضيق عن بعض العقارات وكثير من المنقولات التى يجب اعتبارها داخلة فى الدومين العام .

ومن أجل ذلك عدل عن هذا المعيار أيضا ، واتخذ معيار آخر هو معيار تخصيص الشىء لمرفق عام (affectation de la chose au service public) . وممن أخذوا بهذا المعيار ديجى (٣) وجيز (٤) . فيدخل ، بحسب هذا المعيار ، ضمن الدومين العام أشياء لا تكون مخصصة لاستعمال

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١٨ ص ١٢٥ — ١٢٦ .

(٢) كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ٩٥٣ ص ٧٦٤ — ويأخذ اوبرى ورو بمعيار تخصيص الشىء لاستعمال الجمهور ، وكذلك بمعيار تخصيص الشىء لمرفق عام الذى سيأتى ذكره ، ويأخذان بهذين المعيارين معا فى وقت واحد (اوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٣ — ص ٥٤) .

(٣) القانون الدستورى الجزء الثالث الطبعة الثالثة ص ٣٤٨ .

(٤) مقاله المنشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩١١ ص ٣١٠ وسنة ١٩٢١ ص ٣٦٤ .

الجمهـــور المباشر ولكنها تكـون مخصصة لخدمة مرفق عام ، ومن ذلك المنقولات التى ليست مخصصة لاستعمال الجمهور وعدد كبير من المبانى التى لم تخصص لاستعمال الجمهـور المبـاشر ولكنها خصصت لخدمة مرفق عام . ولكن المعيار مع ذلك يضيق عن أشياء يكون الانتفاع بها عاما ولكن عن غير طريق المرفق العام ، وذلك كمحلات العبادة فى فرنسا فهذه قد خصصت للمنفعة العامة دون أن تعتبر العبادة مرفقا عاما بعد فصل الكنيسة عن الدولة فى سنة ١٩٠٥ (١) .

وانتهى الرأى أخيرا الى اتخاذ معيار « تخصيص الشىء للمنفعة العامة » (affectation de la chose à l'utilité publique) ، وهـو الرأى الذى اســتقر فى آخر تطـورات الفقـه الادارى ، وأخـذ به من فقهاء القانون الادارى هوريو ورولان وفالين (٢) . وبهذا المعيار أخذ التقنين المدنى المصرى كما رأينا ، فماشى بـذلك أحـدث تطورات الفقه الادارى كما سبق القول . وسنورد فيما يلى أمثلة كثيرة للأشياء التى تعتبر داخلة ضمن الدومين العام طبقا لهذا المعيار ، حتى نحدد المعيار تحديدا واضحا عن طريق تطبيقاته المتعـددة . ونذكر الآن أن الدولة (أو الأشخاص المعنوية العـــامة الأخرى) تخصص الشىء للمنفعة العامة ، فتنقله من الدومين الخاص الى الدومين العـام ، عـن طريق رسمى بموجب قانون أو ما يقوم مقامه ، أو عن طريق فعلى . كذلـك يجوز للدولة (وللأشخاص المعنوية العامة الأخرى) أن تخصص شيئا

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ١ فقرة ٩٥٤ ص ٧٦٥ .

(٢) هوريو فى القانون الادارى الطبعة الحادية عشرة ص ٦٤٦ — رولان فى موجز القانون الادارى الطبعة الثانية سنة ١٩٢٨ فقـرة ٥٠١ — فالين فى القانون الإدارى الطبعة السادسة ص ٥٠٨ .

هذا وقد اخـذت لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى ، فى جلســة ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٧ ، بمعيارى تخصيص الشىء لاستعمال الجمهور وتخصيص الشىء لمرفق عـام فى وقت واحد .

مملوكا للأفراد للمنفعة العامة فتدخله ضمن الدومين العــــام ، ولكن يشترط فى ذلك أن ينتقل الشىء المملوك للأفراد أولا الى ملكية الشخص المعنوى العــام بسبب من أســباب كسب الملكية فيدخــل فى الدومين الخاص ، ثم ينتقل بعد ذلك الى الدومين العام بطريق رسمى أو بطريق فعلى • فنبحث اذن المســـــائل الثلاث الآتية : ١ ــ تخصيص الشىء للمنفعة العامة بطريق رسمى • ٢ ــ تخصيص الشىء للمنفعة العــامة بطريق فعلى • ٣ ــ تخصيص الشىء المملوك للأفراد للمنفعة العامة •

٤٧ ــ تخصيص الشىء للمنفعة العامة بطريق رسمى :

يغلب أن يكون الطريق الرسمى هو الطريق الذى يختار فى الأشياء التى تعد اعدادا خاصا للمنفعة العــامة ، وذلــك كالمبـــــانى العــامة والاستحكامات (١) • أما الأشياء المهيأة بطبيعتها للمنفعة العــــامة ، كالطريق وشواطىء البحار والأنهار ، فلا تحتاج الى الطريق الرسمى ، اذ هى بطبيعتها مخصصة فعلا للمنفعة العامة •

واذا اختير الطريق الرسمى ، فهذا الطريق يتمثل فى أن تستصدر الدولة أو الشخص المعنوى العام (كالمحافظات والمدن والقرى والهيئات العامة) قانونا أو مرسوما (قرارا جمهوريا) ، بحسب ما توجبه النظم المعمول بها من استصدار قانون أو قرار جمهورى ، يخصص بموجبه للمنفعة العامة شىء داخل فى الدومين الخاص للدولة أو الشخص المعنوى العام ، فيصبح هذا الشىء الذى خصص للمنفعة العامة داخلا ضــمن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عبارة الدكريتو الصــادر فى ٣ من اغسطس سنة ١٩٠١ ومذكرته التفسيرية تقطعان بأن الغرض منه هو أن تكون منطقة بحيرة مريوط هى وما تاخمها من الأراضى المبينة بالرسم الملحق به خزانا تنصب فيه مياه الصرف والأمطار . حتى لا تطغى هذه الميــاه على الأراضى المجاورة ، فهى لذلك من الأمور العامة (نقض مدنى ١٨ ابريل سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء اول ص ٣٠٣ ــ وقارن نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جــزء اول ص ٣٠٥) •

الدومين العام بموجب القانون أو القرار الجمهورى الذى صـــدر فى هـذا الشـأن •

وليس يلزم أن تكون الأداة الرسمية التى تنقل الشىء من الدومين الخاص الى الدومين العام قانونا أو قرارا جمهوريا ، بل يجوز أن تكون الأداة دون ذلك بحسب ما تقضى به النظم المعمول بها ، فيجوز أن تكون قرارا من مجلس الوزراء أو قرارا وزاريا • وقد كانت الفقرة الأولى من المـادة ٨٧ مدنى فى أصـلها تقـول : « تعتبر أموالا عامة العقـارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم » ، فصدر القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤ يضيف الى آخر الفقرة العبارة الآتية : « أو قرار من الوزير المختص » • وهذه الاضافة ، كما نرى ، لا تزال قاصرة ، اذ يجوز أن تكون الادارة الرسمية قرارا من مجلس الوزراء • وقد قضت محكمة النقض بأن الأرض لا تعتبر أثرية الا اذا تقرر ذلك من قبل الحكومة ، أى صدر به قرار من مجلس الوزراء ، أو على الأقل من قبل وزير الأشغال المكلف بتنفيذ قانون الآثار فيما يخصه بمقتضى المادة الثانية والعشرين منه (١) • بل ان أى قرار ادارى يكفى لالحاق الشىء بالدومين العام ، اذا نص القانون على ذلك (٢) • ومن هـــذا ما نصت عليه المـــادة الرابعة من القرار التنفيـذى لدكريتو التنظيم الصادر فى ٨ سبتمبر سنة١٨٨٩ من أن لمجلس التنظيم الحـاق الطرق بالمنافع العامة ، ويعنى ذلـك أن قرارا من مجلس التنظيم يكفى لنقل الطريق من الدومين الخاص الى الدومين العام (٣) •

---

(١) نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣١ ص ٦١١ •

(٢) انظر استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ •

(٣) محمد زهير جرانة ص ١٦٠ هامش ١ — وقد تكون الأداة الرسمية شيئا آخر كاعتماد البرلمان : انظر م١٣٧ مندستور سنة ١٩٢٣ التى تتطلب =

٤٨ — تخصيص الشيء للمنفعة العامة بطريق فعلى :

وقد لا تلجأ الدولة أو الشخص المعنوى العام الى الطريق الرسمى لنقل شيء من الدومين الخاص الى الدومين العـــام ، بل تلجـأ الى الطريق الفعلى ، فتعتمد بذلـك على الواقع فعـــلا دون حاجة الى استصدار قانون أو أية أداة رسمية أخرى • وسبيلها الى ذلك هو أن تهيىء الشيء الذى كان مملوكا لها ملكية خاصة ليكون صالحا للمنفعة العامة ، وترصده فعـلا لهـذه المنفعة ، فيصـير الشيء بموجب هـذا التخصيص الفعلى داخلا ضمن الدومين العـام وقـد انتقل اليه من الدومين الخاص • مثل ذلك أن تخصص زوائد التنظيم لمرور أصحاب المنازل الواقعة عليها ، وتكون لا تصلح الا لذلك لوجود استحالة فنية فى تجزئتها واضافتها الى الملاك المجاورين ، فتصبح هذه الزوائد بموجب هذا التخصيص الفعلى طريقا عاما يدخل ضمن الدومين العام ولو لم يصدر بذلك قانون أو أمر (١) •

وقد قضت محكمة النقض بأن المشرع اذ نص فى المادة ٨٧ مـن القانون المدنى على أن تعتبر اموالا عامة العقارات والمنقولات الـتى للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة التى تكون مخصصة لمنفعة خاصة

= اعتماد البرلمان مقدما فى انشاء أو ابطال الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر اعمال الرى التى تهم أكثر من مديرية — أو أخذ راى احدى الهيئات : انظر م ٨ و ١١ و ١٢ و ١٣ من القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٣٤ الذى كان خاصا بمجالس المديريات ، وتوجب هذه النصوص أخـذ راى مجلس المديرية فى انشاء أو ابطال الترع والمصارف العمومية الخاصـة بالمديرية دون سواها ، وفى انشاء طرق المواصـــلات البرية او المائية او الحديدية متى كانت خاصة بالمديرية دون سواها ، وكذلك فى ابطال تلـك الطرق أو تعديل خطوطها ، وفى انشاء المبانى الداخلة فى امـلاك الحـكومة العامة أو تخصيصها او تغيير استعمالها أو ازالتها . انظر محمـد زهيـر جرانة ص ١٦٠ — ص ١٦١ .

(١) المنصورة الكلية الوطنية ٤ يناير سـنة ١٩٢٨ المحـاماة ١٩ رقم ٤٩٤ ص ١٢٧٢ .

بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ، وهذه الاموال لايجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، فقد دل على أن المغيار فى التعرف على صفة المال العام هو التخصيص للمنفعة العامة وان هذا التخصيص كما يكون بموجب قانون أو قرار يحوز أن يكون تخصيصا فعليا • ولما كان التخصيص للمنفعـة العامـة بالنسبة للمال المملوك للدولة ملكية خاصة هو تهيئة هذا المال ليصبح صالحا لهذه المنفعة رصدا عليها ، وكان الثابت أن الأرض التى اتخذت عليها اجراءات الحجز العقارى مملوكة للدولة ملكية خاصة وقد أقامت عليها مخبأ لحماية الجمهور من الغارات الجوية ، واذ تؤدى المخابىء التى تنشئها الدولة على أراضيها خدمة عامة بسبب انشائها لحماية الكافة ، فان لازم ذلك أن تعتبر الارض موضوع اجراءات الحجز العقارى المقام عليها المخبأ من الاموال العامة ، فلايجوز الحجز عليها مادامت محتفظه بتخصيصها للمنفعة العامة (١) •

وواقعة التخصيص الفعلى للمنفعة العامة واقعة مادية يجـوز اثباتها بجميع الطرق وتدخل فيها القرائن • فاثبات أن أرضا قد أصبحت مقبرة عامة يكفى فيه اثبات أن هذه الأرض قد خصصت بالفعل للدفن وأن الدفن يجرى فيها ، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا الصدد بأن هناك قرينة على تبعية الأرض للمنافع العامة مرجعهـا استعمال الأرض فعلا فى تلك المنفعة ، ومن القرائن التى تدل على تبعيه الارض للمنفعـة العامة الاشـارة اليهـا فى خريطـة المسـاحة باعتبارها جنـانة للمسـلمين • وان كانت المـادة ٤ من دكريتـو ١٠ أغسطس سـنة ١٨٧٩ تنص عـلى أن عمليات المسـاحة لا يمكـن أن تؤثـر فى مسائل الملكية أو تضر بحقوق الأفراد فيستخلص من ذلك أن ليس لخرط المساحة قيمة سندات الملكية قانونا • الا أنه لا يمكن القول بعدم جواز الاستئناس بها كعنصر من عناصر التقدير فى دعوى تقبل فيهـا

---

(١) نقض مدنى فى ابريل سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السـنة ١٩ رقم ١١٨ صفحة ٨١٦ •

جميع طرق الاثبات (١) • وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك بأنه لا يشترط صدور مرسوم بعمومية ترعة لتتوافر لها هذه الصفة التى تدل على قيامها ظروف انشائها والانتفاع العام بها (٢) • وبأنه للمطالبة بمال باعتباره من الأملاك العامة للدولة كالاراضى المكونة لقاع البحيرات: ليست الدولة فى حاجة لتقديم مستند ، بل يكفيها أن تتمسك بطبيعة هذه الأشياء نفسها ، أو بواقعة تخصيصها للاستعمال العام أو لمرفق عام معين أو لحاجات ضرورية لحياة الدولة (٣) •

ولمحكمة النقض الرقابة على الوصف الذى تستخلصه محكمة الموضوع مما تحصله من الوقائع فيما يتعلق بأن الشىء قد دخل فى الدومين العام لتخصيصه بالفعل للمنفعة العامة (٤) •

٤٩ — تخصيص الشىء المملوك للافراد للمنفعة العامة :

وفى كل ما قدمناه كنا نفترض أن الدولة أو الشخص المعنوى العام

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٢١٢ .

(٣) استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — انظر محمد زهير جرانة ص ١٦٢ هامش ٢ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن قاضى الموضوع حر فى تقدير الوقائع الثابتة لديه ؛ ولكن لمحكمة النقض ان تتدخل فى صورة ما اذا كانت النتيجة التى استخلصها من تلك الوقائع لا تتفق مع موجب هذه الوقائع قانونا ، فان هو قضى بان قطعة ما من الأرض تعتبر من أملاك الحكومة الخاصة ورات محكمة النقض ان الوقائع التي اتخذها أساسا لحكمه توجب اعتبار هذه القطعة مخصصة للمنفعة العامة ، كان حكمه خاطئا فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١١ ص ٤٣٤) . وجاء فى أسباب هذا الحكم : « حيث انه يستخلص من تقرير الخبير ومن الرسم المرفق به المقدمين لهذه المحكمة أن ارض النزاع تدخل ضمن قطعة أرض خصصت بالفعل من زمن للمنفعة العامة ، وعملت عنها خريطة فى سنة ١٩١٤ اجرى الخبير تطبيقها فانطبقت ، وان الأرض جميعها مسورة تقريبا من جميع جهاتها بمعرفة مصلحة السكة الحديدية ، وان القطعة المتنازع عليها واقعة بين شريط السكة الحديدية ومساكن عمال الدريسة . وحيث ان هذه البيانات .. تدل دلالة واضحة على ان ارض النزاع مخصصة بالفعل للمنفعة العامة وانه لا حاجة لاستصدار مرسوم بقانون باخراجها من الأملاك الخصوصية .. بينما انه يكفى تخصيصها لها بالفعل » .

انما ينقل الشيء من الدومين الخاص المملوك له الى الدومين العام ، ولم يكن هذا من شأنه أن ينقل الشيء من ذمة مالية الى ذمة مالية أخرى، فالشيء فى الحالتين يبقى مملوكا للدولة أو للشخص المعنوى العام ، وانما أصبح بدخوله فى الدومين العام خاضعا لاحكام تختلف عن تلك التى كان يخضع لها عندما كان فى الدومين الخاص (١) •

والآن تفترض أن الدولة أو الشخص المعنوى العام قصد أن يخصص المنفعة العامة شيئا ليس فى ملكه (أى ليس فى الدومين الخاص)، بل هو مملوك للافراد • مثل ذلك أن تقصد الدولة تحويل طريق خاص مملوك لأحد الأفراد الى طريق عام • فهنا يجب أن تمر العملية بمرحلتين : (المرحلة الأولى) أن تنقل الدولة أولا الطريق الخاص الى ملكيتها الخاصة فيصبح الطريق داخلا فى الدومين الخاص • (والمرحلة الثانية) أن تخصص الدولة ، بعد أن يصبح الطريق فى الدومين الخاص، هذا الطريق للمنفعة العامة بطريق رسمى أو بطريق فعلى على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، وعند ذلك يدخل الطريق فى الدومين العام • فلا يجوز اذن أن تعمد الدولة الى الطريق الخاص وتدخله مباشرة فى الدومين العام ، قبل أن تنقل ملكيته اليها فيدخل أولا فى الدومين الخاص ومنه ينتقل الى الدومين العام • ولو فعلت الدولة ذلك ، وخصصت الطريق رأسا للمنفعة العامة قبل أن تنقل ملكيته اليها • لكان هذا غصبا غير مشروع (٢) •

بقى أن نحدد كيف تنقل ملكية الشيء المملوك لأحد الأفراد الى

---

(١) محمد زهير جرانة ص ١٦٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان تخصيص ما يملكه الافراد للمنفعة العامة يقتضى أولا ادخاله فى ملكية الدولة او الاشخاص المعنويه العامة الاخرى فيصبح فى الملك الخاص ثم ينتقل بعد ذلك الى الملك العام بتخصيصه للمنفعة العامة بطريق رسمى أو بطريق فعلى ، وأن ادخاله فى الملك الخاص للدولة يكون بطريق من طرق اكتساب الملكية المبينه فى القانون المدنى أو بطريق نزع الملكية (نقض مدنى فى ١٤ يناير سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٥٣ صفحة ٢١٧) .

دومين الدولة الخاص ، تمهيدا لتخصيصه بعد ذلك للمنفعة العامة وادخاله فى الدومين العام • يكون ذلك عادة بالطرق المعروفة لكسب الملكية فى القانون المدنى . والطرق التى يمكن تصورها هنا هى العقد والالتصاق والتقادم ، فيجوز للدولة أن تشترى الشىء المملوك لاحد الأفراد من صاحبه • فتنتقل ملكية الشىء الى الدومين الخاص بموجب عقد الشراء ، ثم تخصصه الدولة بعد ذلك للمنفعة العامة فيدخل فى الدومين العام • كذلك يجوز أن تتملك الدولة الشىء عن طريق الالتصاق ، فيصبح ملكا لها ويدخل فى الدومين الخاص مع دفع التعويض الواجب قانونا للمالك الأصلى ، ثم تخصصه بعد ذلك للمنفعة العامة • ويجوز أخيرا أن تتملك الدولة الشىء المملوك لأحد الأفراد عن طريق التقادم ، وهذا يقع كثيرا ، فاذا تم التقادم وأصبحت الدولة مالكة للشىء فدخل فى الدومين الخاص ، خصصته بعد ذلك للمنفعة العامة فيدخل فى الدومين العام (١) •

وقد قضت محكمة النقض بأن الاموال التى تصبح من الاموال العامة بمجرد تخصصها بالفعل لمنفعة عامة هى الاموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية وذلك عملا بالمادتين ٩٠ من القانون المدنى الملغى و ٨٧ من القانون المدنى الجديد ، ومن ثم لا تكتسب الأموال المملوكة للأفراد صفة الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل للمنفعة العامة ، الا أنه ليس ثمة يمنع من انتقال هذه الأموال الى ملكية الحكومة بأحدى طرق كسب الملكية المنصوص عليها فى القانون المدنى ومنها وضع المدة

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن مجرد استعمال قطعة ارض لمرور العامة لا يكفى لجعلها طريقا عاما ، ويجب على الحكومة ، اذا اذا ادعت أن قطعة ارض صارت بمضى المدة طريقا عاما ودخلت ضمن الاملاك المخصصة للمنافع العامة ، ان تثبت وضع يدها عليها المدة القانونية بطريقة ظاهرة ومستمرة ، كأن تثبت مثلا أنها رصفت هذه الارض او جعلت فيها مماشى أو غرست اشجارا او مدت أنابيب بغاز او اقامت عليها المصابيح (استئناف وطنى أول ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٠ ص ٣٣) •

الطويلة وتخصيصها بعد ذلك للمنفعة العامة (١) .

على أنه يضاف الى طرق كسب الملكية المقررة فى القانون المدنى ، بالنسبة الى الدولة والى الاشخاص المعنوية العامة ، طريق نزع الملكية للمنفعة العامة ، فيجوز للدولة وللمحافظات والمدن والقرى والهيئات العامة وغير ذلك من الاشخاص المعنوية العامة أن تنزع ملكية الافراد بموجب اجراءات رسمها القانون ، لقاء تعويض رسم القانون أيضـــا طريقة تحديده ، فاذا لجأت الدولة أو الشخص المعنوى العام الى طـريق نزع الملكية ، فانه ينقل بهذا الطريق الشىء المملوك لأحد الأفراد الى ملكه الخاص (الدومين الخاص) أولا ، ثم يخصصه بعد ذلك للمنفعة العامة ، فيدخل ضمن الدومين العام (٢) .

---

(١) نقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٨٠ صفحة ٥٣٤ .

كما قضت محكمة النقض بأن اسـتطراق الأرض المملوكة للأفراد ليس من شانه وحده تخصيصها للمنفعة العامة الا ان استمرار هذا الاستطراق المدة اللازمة لكسب ملكيتها بالتقادم الطويل يترتب عليه كسب الدولـــة لملكيتها بالتقادم وتخصيصها للمنفعة بمجرد اكتمال هذه المدة (نقض مدنى فى ١ ديسمبر سنة ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ٣٤٢ صـفحة ١٧٥٧) .

(٢) ويقول الاسـتاذ محمد زهير جرانة فى هذا الصدد : « ويلاحظ ، خلافا لما يعتقده الكثيرون ، أن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لا يستتبع حتما اعتبار العقار من الأموال العامة ، فليس هناك تلازم حتمى بين دواعى المنفعة العامـــة التى تقتضى نزع الملك عـــن بعض الأفراد وبين اعتبـــار العقارات المنزوعة اموالا عامة . ذلك أن صفة العمومية فى المال وليـدة تخصيصه للانتفاع العام به . اما دواعى المنفعة العامة فى نزع الملكية فقـد تتحقق وتستوفى غايتها من حاجة الى اسباغ صفة العمومية على العقارات المنزوعة ، وان كان يغلب فى العمل أن اللجوء الى نزع الملكية يراد به الحاق العقارات المذكورة بالاموال العامة .. وعلى هذا فيشترط لصيرورة العقار فى هذه الصورة من الأموال العامة ان ينص فى مرسوم نزع الملكية عـــلى تخصيصه للمنفعة العامة ، او تخصيصه بالفعل باعتبار انه اصبح من اموال الدولة لهذه المنفعة ، والا اعتبر من الاموال الخاصة » (محمد زهير جرانة ص ١٧٤) — وانظر أيضا هوريو فى موجز القانون الادارى الطبعة الحادية عشرة ص ٧٢٥ — أوتوماير فى القانون الادارى الألمانى الترجمة الفرنسية جزء ٣ طبعة سنة ١٩٠٥ ص ٥٢ — جانس فقرة ٢٤٤ — فقرة ٢٤٥ — محمد كامل مرسى فى مقاله عن الاموال الخاصة والعامة ص ٧٨٢ وص ٧٨٤ .

فاذا لم يلجأ الشخص المعنوى العام الى اجراءات نزع الملكية ، ولم يلجأ فى الوقت ذاته الى أى طريق آخر من طرق كسب الملكية التى سبق ذكرها حتى يضيف الشيء المملوك لأحد الأفراد الى ملكه الخاص تمهيدا لتخصيصه بعد ذلك للمنفعة العامة فينتقل الى الدومين العام ، اذا لم يلجأ الى شيء من ذلك بل عمد رأسا الى تخصيص الشيء للمنفعة العامة، قاصدا بذلك نقله مباشرة من ملكية مالكه الاصلى الى الدومين العام ، فهذا هو الغصب غير المشروع كما قدمنا • وبالرغم من أن هذا غصب غير مشروع ، فان محكمة النقض مع ذلك لاتتعرض لعدم صحة دخول الشىء فى الدومين العام ، وتكتفى بالحكم بتعويض للمالك الأصلى ، وقد قضت فى هذا المعنى بأن للمالك الذى اغتصب ملكه ، وأضيف الى المنافع العامه بغير أتباع الاجراءات القانونية لنزع الملكيه ، حق مطالبة الحكومة بفائدة تعويضية مقابل ريع الأرض الذى نزعت ملكيتها منه جبرا عنه (١) • ويؤخذ على هذا المبدأ الذى قررته محكمة النقض أن المحكمه لا تقيم وزنا لواقعة الغصب ، ويستوى طبقا لهذا المبدأ المالك الذى نزعت ملكيته طبقا للاجراءات التى رسمها القانون والمالك الذى

---

(١) نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٠ ص ٢٣٤ وانظر أيضا نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٣ ص ٢٩٠ — ١٥ ابريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥١ ص ١٤٤ — ١٤ ابريل سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧ ص ٤٨ — ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ .

وقد قضت محكمة النقض فى حكم حديث لها بانه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان تحويل المال المملوك لأحد الأفراد الى مال عام يقتضى اما ادخاله فى الملكية الخاصة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى بطريق من طرق كسب الملكية المبينة فى القانون المدنى ثم نقله بعد ذلك الى الملك العام بتخصيصه للمنفعة العامة ، واما بنزع ملكيته للمنفعة العامة فينتقل فورا من ملكية صاحبه الى الملكية العامة على نحو ما بينه القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة ، وان تخصيص الدولة العقار المملوك لأحد الأفراد للمنفعة العامة بالفعل دون اتباع الاجراءات التى رسمها القانون المذكور وذلك باستيلائها عليه ونقل حيازته اليها وادخاله فى المال العام ، يتفق فى غايته مع نزع الملكية بأتخاذ اجراءاته القانونية ومن ثم يستحق ذوو الشأن جميع ما يرتبه قانون نزع الملكية من حقوق بما فى ذلك الحق فى تعويض يعادل الثمن (نقض مدنى فى ١٠ يونيه سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ رقم ٣١٧ صفحة ١٧٦٦) .

غصب الشيء المملوك له دون اتباع الاجراءات القانونية ، فكلاهما يقتصر حقه على التعويض ، الأول عند اتخاذ الاجراءات القانونية لنزع ملكيته والثاني عند ما يقاضي الشـخص العام على أثر الغصب ، وكان الواجب التمييز بين الحالتين ، ففي الحالة الأولى ، اذا اتبعت الاجراءات التي رسمها القانون ، كان انتقال الشيء الى الدومين العام صحيحا . واقتصر حق المالك الأصلي على التعويض الذي يحصل عليه عند اتباع الاجراءات القانونية . أما في الحالة الثانية فالأمر يختلف ، اذ أن الشخص المعنوى العام قد غصب من المالك ملكه ولم يتبع الاجراءات التي رسمها القانون ، فالواجب اذن اعتبار هذا الغصب عملا غير مشروع وليس من شأنه أن يسلب المالك ملكه . ومن ثم يكون الشيء لا يزال باقيا على ملك صاحبه، فلا يمكن اذن أن يكون قد انتقل الى الدومين العام ، وتقضي المحكمة في هذه الحالة برد الشيء عينا الى صاحبه مع التعويض اذا كان له محل . وعلى الشخص المعنوى العام ، اذا بقي مصرا على الحاق الشيء بالدومين العام ، أن يبدأ أولا باتباع الاجراءات القانونية لنقل ملكية الشيء الى الدومين الخـاص ، كأن يتخذ اجـراءات نزع الملكية . فاذا تمت هذه الاجراءات وانتقل الشيء الى الملكية الخاصة للشخص المعنوى العام ، عمـد هذا الى تخصيصه للمنفعة العـامة فينتقل بذلك الى الدومين العـام (١) .

---

(١) انظر في هذا المعنى محمـد زهير جرانة ص ١٨٣ ــ محمـد كامل مرسي في مقاله عن الاموال الخاصة والعامة ص ٧٨١ ــ محمد على عرفة فقرة ١١٥ ــ عبد المنعم الشرقاوى في شرح قانون المرافعات فقرة ١٢٥ ص ١٩١ ــ اسيوط الجزئية ٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٤ رقم ٣٣٠ ص ٦٥٢ ــ الاسكندرية الكلية الوطنية ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٠٠٨ ــ وانظر هوريو في القانون الادارى طبعة ١١ ص ٣١ ــ أوتوماير ٣ ص ١٤٦ .

وهناك رأى يذهب الى التمييز بين ما اذا ترتب على تخصيص المـال المغصوب للمنفعة العامة تغيير في معالمه فيصبح نهائيا من الأموال العامة ولا تزول عنه هذه الصفة ويقتصر حق المالك الأصلي على المطالبة بالتعويض وبين ما اذا لم تتغير معالم العين بتخصيصها للمنفعة العامة فلا تلحقها صفة المال العام ولا يسقط عنها حق صاحبها وترد اليه عينا (محكمة استئناف اسيوط ١٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٦٠ ص ٧٢٥ ــ وحيدرافت =

وقد ذهبت بعض أحكام النقض الى هذا الرأى فقضت بأن الأموال التى تصبح من الاموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة هى — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — الأموال المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وذلك عملا بالمادتين ٩ من القانون المدنى الملغى و ٨٧ من القانون المدنى الجديد ، ومن ثم لا تكتسب الأموال المملوكة للأفراد صفة الاموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة الا اذا انتقلت ملكيتها الى الحكومة باحدى طرق كسب الملكية المنصوص عليها فى القانون ثم خصصت بعد ذلك لمنفعة عامة (١) .

٢ — أمثلة للأشياء العامة أى للاشياء المخصصة للمنفعة العامة

٥٠ — تعداد للأشياء العامة :

أوردت المادتان ٩ و ١٠ من التقنين المدنى الوطنى السابق ، كما رأينا (٢) ، تعداد للأشياء العامة ، لا على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل . وقد أغفل التقنين المدنى الجديد هذا التعداد اكتفاء بما وضعه من معيار التخصيص للمنفعة العامة ، وهو معيار يضع تعريفا عاما تتعين بمقتضاه الأشياء العامة دون حاجة الى تعدادها (٣) . ومع ذلك فاننا اذا أردنا ايراد أمثلة للأشياء العامة ، فان هذا التعداد الذى أغفله التقنين المدنى الجديد يشتمل على أمثلة كثيرة فيها كل الغناء . لذلك نعود الى هذا التعداد على أن نحور فى الترتيب الذى ورد فى التقنين المدنى السابق ، متوخين فى هذا التحوير أن نرتب الأشياء العامة تبعا لموقعها (أرضية ونهرية وبحرية) ، وتبعا للأغراض التى أعدت لها (أشياء عامة حربية وأشياء عامة ذات غرض دينى أو خيرى ومبان

= فى القانون الادارى ص ١٠١٢) . وانظر فى الرد على هذا الراى محمد زهير جرانة ص ١٨٤ وهامش رقم ١ .

(١) نقض مدنى فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٠٠ صفحة ١١٩٠ — ونقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٨٠ صفحة ٥٣٤ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٦ .

أعدت لتكون مقرا للمصالح الحكومية) ، وتبعا لطبيعة الشيء (المنقولات وحقوق الارتفاق) . وعلى هذا الأساس نورد التعداد على الوجه الآتي :

١ — أشياء عامة أرضية ، الطرق والشوارع والقناطر والحوارى ، والسكك الحديدية وخطوط التلغرافات (والتلفونات) .

٢ — أشياء عامة نهرية : الأنهار والنهيرات التي تمكن الملاحة فيها ، والترع العامة (والمصارف العامة) ، والمين والمرافىء والأرصفه والأراضى والمباني للازمة للانتفاع بالأنهار والنهيرات والترع (والمصارف) ولمرورها .

٣ — أشياء عامة بحرية : الشواطىء ، والأراضى التي تتكون من ضمى البحر ، والأراضى التي تنكشف عنها المياه ، والميـن والمراسى والموارد والأرصفة والأحواض ، والبرك والمستنقعات المستملحة المتصلة بالبحر مباشرة ، والبحيرات المملوكة للميرى .

٤ — أشياء عامة حربية : الحصون والقلاع والخنادق والأسوار والأراضى فى مناطق الاستحكامات ، ولو رخصت الحكومة فى الانتفاع بها لمنفعة عمومية أو خصوصية ، والترسانات والقشلاقات والأسلحة والمهمات الحربية والمراكب الحربية .

٥ — أشياء عامة ذات غرض دينى أو خيرى : الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والاحسان ، والمرافق .

٦ — المبانى الحكومية : العقارات الميرية ، مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لاقامة ولى الأمر أو للنظارات أو المحافظات أو المديريات ، وعلى العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية .

٧ — المنقولات : مراكب النقل أو البوستة (أو الطيارات) ، والدفترخانات العمومية والأنتيكخانات والكتبخانات الميرية ولآثار

العمومية وخاصة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الأشياء التاريخية ، ونقود الميرى .

٨ — حقوق الارتفاق : حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه والأشغال العمومية والأعمال الحربية ؛ وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة ، أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية .

ونستعرض هذه الأشياء تباعا .

٥١ — أشياء عامة أرضية :

تعتبر الطرق والشوارع والقناطر والجوارى المخصصة للمنفعة العامة ، أى المخصصة لمرور الجمهور ، أشياء عامة . وتكون هذه الأشياء مخصصة للمنفعة العامه اما بموجب قانون أو ما يقوم مقامه وهذا هو التخصيص الرسمى ، أو بموجب التخصيص الفعلى ، بأن يكون الطريق أو الشارع مطروقا يمر فيه الجمهور من مدة طويلة ، أو أن تكون الادارة قد تولت العناية بالطريق أو الشارع فعبدته للمرور ورصفته وأنارته وغرست فيه الأشجار مثلا . ولاعتبار طريق أو شارع مخصصا للمنفعة العامة ، لا يشترط أن توجد مصلحة تنظيم فى الجهة التى يوجد فيها الطريق أو الشارع (١) . ولا يشترط كذلك أن يكون الطريق أو الشارع على نفقة الحكومة كما تشترط ذلك المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القانون المدنى الأهلى قد أطلق النص الخاص بالطرق من كل قيد ومن كل شرط الا عدم ملكية الأفراد لها ، فليس ثمة شرط الصرف على الطرق بمعرفة الحكومة — كما جاء فى القانون الفرنسى — من الشروط التى يمنع

---

(١) استئناف وطنى ٧ ابريل سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٠٩ ص ١٦٠ .

الاخلال بها من اعتبار هذه الطرق من المنافع العمومية ، ولا تحتاج الى أوامر ادارية أخرى غير اعتبارها متروكة للتطرق (١) . ويجوز للأفراد فتح طرق أو شوارع خاصة فى ملكهم ، ويبقى الطريق أو الشارع ملكا خاصا لصاحبه ، ويدل على ذلك بعلامة مادية هو أن يسد طرفى الطريق أو الشارع بباب أو درابزين أو جنزير لمنع مرور الجمهور فيه (المادة ٩ من الأمر العالى الصادر فى ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٩ فى خصوص أحكام مصلحة التنظيم) . ويجوز أن ينتقل الطريق أو الشارع من ملك الفرد الخاص الى الدومين العام (٢) ، وذلك بأن يتنازل المالك عن الطريق أو الشارع للحكومة وتخصصه هذه للمنفعة العامة ، وقد يكون التنازل ضمنيا كما لو أجرت الحكومة وضع النور أو الرصف وسكت المالك عن ذلك (٣) . وللادارة الحق فى تعديل

---

(١) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ٢٧٧ . وقد جاء فى هذا الحكم بأن الفقرة الأولى من المادة التاسعة من القانون المدنى (السابق) صريحة فى اعتبار الطرق — بوصف أنها طرق مهما كانت حالتها ومهما كان موقعها ومبلغ العناية بها — هى من الأملاك العامة ، بشرط واحد هو الا تكون ملكا لبعض أفراد الناس . فاذا ما اعتبرت الحكومة جزءا من ارض طريقا ، وطرح الأمر على المحكمة ، وجب على المحكمة ان تقصر بحثها على معرفة ما اذا كان لهذا الجزء مالك أم انه لا مالك له . ففى الحالة الأولى لا يمكن اعتباره من الأملاك العمومية ، الا اذا اثبتت الحكومة انها تملكته أو انها قامت بجميع الاجراءات التى يفرضها عليها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة . وأما فى الحالة الثانية فيجب اعتباره من املاكها العمومية ، التى لا يجوز تملكها بوضع اليد مهما طالت مدته .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ٢ من القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٦ على ان « يلحق بالمنافع العامة بدون مقابل الشوارع والطرق والميادين والمنتزهات المنشأة فى التقاسيم او اجزاء التقاسيم التى تمت بالمخالفة لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ .. » ، يدل على انه يشترط فى الشوارع والطرق والميادين والمنتزهات التى تلحق بالمنافع العامة بدون مقابل ان تكون داخله فى التقاسيم او أجزاء التقاسيم التى تمت بالمخالفة لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٧٥ صفحة ١٩٣٣) .

(٣) نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٢٠٨ ص٥٠٨ — استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص١٢٧ — ٢٧ =

الطرق والشوارع العامة وفى الغائها ، أما الملاك المجــاورون للطريق العام فينحصر حقهم فى تمكينهم من الوصول الى أملاكهم وفى تمتيعهم بما هو ضرورى من النور والهواء [1] .

ويدخل فى الأشياء العامة الســكك الحديدية وخطوط التلغراف وخطوط التليفون ، وكل ما آل أو يؤول الى الدولة أو الى البلديات من وسائل النقل العام كالترام والأوتوبيســات والمطارات والطــائرات وغيرها . وفيما يتعلق بالسكك الحديدية هناك منشور قديم ، كان له وقت صدوره قوة القانون ولا يزال معمولا به حتى الآن ، وهو منشور باشمعاون الخديوى الذى صدر فى ٢٠ المحرم سنة ١٢٨١ (٢٥ يولية ســنة ١٨٦٤) ، وينص على ما يأتى : « الأراضى المجاورة لجــانبى السكة الحديد لا يجوز بيع شىء منها ، ما لم يكن من بعد كل خندق من الجهتين بخمس أقصاب . والغير جائز التصريح ببيعه انمــا هو

= ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٨٠ — ويعتبر تنازل المالك عن الطريق او الشـارع الخاص للحكومة لتحويله الى طريق او شارع عام ، وكذلك تنازل المالك للحكومة عن قطعة ارض لانشاء شارع نظير الفــائدة المرجــوة من انشاء الشارع ، تنازلا بعوض ، فلا يلــزم تحرير ورقة رســمية بل تكفى الورقة العرفية (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ — استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٧ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٢٢ ص ١٤٠ هامش ١ — محمد على عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٨ — وانظر عكس ذلك استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٤١١ ص ٥٣٧) .

(١) نقض مدنى ١٦ مايو ســنة ١٩٣٥ مجمــوعة عمر ١ رقم ٢٦٣ ص ٧٧٢ — استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٩٤ (اذا ترتب على تنفيذ اعمال مقررة لمصلحة عامة على طريق عام اضعاف متانة المنازل المجاورة أو تغيير المنافذ أو سد المناور ، فالادارة ملــزمة بالتعــويض) — استئناف مختلط ٢٩ ابريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٣ (الملاك المجاورون للطريق العام لا يستطيعون المعارضة فى تعديل الطريق او الغائه ، ولكن لهم أن يطالبوا الادارة بالتعويض — استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٤٦ (انشاء مرحاض عام فى طريق عام لا يكون ســببا لمطالبة الملاك المجاورين بالتعويض الا اذا اثبتوا ان الادارة قد سببت لهم باهمالها أضرارا تفوق الأضرار التى تلازم عادة مثل هذه المشروعات العامة) .

وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٢٣ ، والأحكام المشار اليها فيه .

جسر السكة والجنابيتان المجاورتان له والجسران اللذان بجانبهما المعدان للمرور والعبور كما هو مرسوم ومقنن من ديوان الأشغال والسكة الحديد ، بما أن ذلك من الجسور والطرق العمومية التى لا يجوز فيها بيع ولا شراء . وما عدا ذلك بالطبع يجرى فيه البيع والشراء بخلافه . وأما أرض الخنادق عند جفافها من الماء اذا كانت تستعد للزراعة وتكون من المضاف بالمال او بالعشور . فيمكن للمضافة عنيه الانتفاع بزراعتها . بحيث أن الزراعة التى تجرى بها لا تضر بسكة الحديد ولا يترتب عنها حرمان مرور المياه الصيفى أو الشتوى بالخنادق المذكورة » (١) . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن يعتبر جسر السكة الحديدية والجنابية من المنافع العامة بمقتضى منشور الباشمعاون الصادر سنة ١٢٨١ هجرية . والذى كان له قوة القانون قبل صدور قانون نزع الملكية ، وطبقا لقائمة الشف التى عملت بناء على منشور الباشمعاون وتضمنت بيان الأرض التى أخذت للسكة الحديدية وأدخلت فى المنافع العامة (٢) .

---

(١) انظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٢٨ ص ١٥٥ — ص ١٥٦ .

(٢) استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٧ ص ٨٢٥ — وانظر ايضا استئناف وطنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٣ ص ٦٢ — ٩ فبراير سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦٥ ص ١٠٧ .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن منشور باشمعاون خديوى الذى صدر فى ٢٠ المحرم سنة ١٢٨١ هو الأصل الذى يجب الرجوع اليه لمعرفة ما هى الحالة القانونية للأراضى التى تمر عليها السكك الحديدية والأراضى التى تجاور هذه السكك . وقد قسم المنشور المذكور هذه الأراضى الى قسمين . وجعل الأول من المنافع العمومية التى لا يجوز بيعها ولا التصرف فيها ، وهى جسور السكك الحديدية والخندقان المجاوران لها يمينا وشمالا والطريق المعد لمرور الناس بجانب كل خندق . وجعل على القسم الثانى منها حق الارتفاق لمصلحة السكك الحديدية ، وهذا القسم يشمل الأراضى التى لا تبعد عن الطريق المجاور للخندق أكثر من خمس أقصاب . وقد اعتبر هذا المنشور أن كل جسر من جسور السكك الحديدية يجاوره خندق من كل جهة ، ولكن هذا الاعتبار القانونى لا يؤخذ منه أن هذه الخنادق يجب أن تكون موجودة فعلا وفيها مياه ، بدليل ان المنشور نفسه =

٥٢ — أشياء عامة نهرية :

ويعتبر من الأشياء العامة نهر النيل، مياهه ومجراه وقاعه وجسوره(١)

= فرض عكس ذلك وسمح بزرع أرض الخنادق اذا جفت ، ولكن جفاف هذه الخنادق واستعمالها للزراعة هو شيء عارض (استئناف وطنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ الاستقلال ٦ ص ٣٧٦) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن النص العربى المنشور سنة ١٢٨١ هجرية الملحق بلائحة الأطيان السعيدية تحت رقم ١٤ لو ترجم ترجمة صحيحة لظهر : أولا أن جسر السكك الحديدية والخندقين المجاورين له والجنابيتين المجاورتين للخندق والمعدتين للمرور هى ملك الدولة ملكا مطلقا ولا يجوز التصرف فيها ولا امتلاكها بالتقادم — ثانيا أن الأرض الواقعة فى منطقة خمس أقصاب (١٧ مترا و ٧٥ سنتيمترا) من بعد الجنابيتين المجاورتين للخندقين ليست ملكا لمصلحة السكك الحديدية ولا حق لها فى تحصيل ايجارها ، ولكن اذا انتقلت ملكية هذه الأراضى كان للمصلحة الحق فى التدخل والاتفاق مع المشترى على شروط الامتلاك وكيفيته ، منعا لما عساه أن يصيب المصلحة من الضرر وحتى لا يتعطل سير السكك الحديدية . فللمصلحة اذن حق ارتفاق من نوع خاص (sui generis) لتطمئن الى طريقة انتفاع المشترى بالأرض بحيث لا يتعارض انتفاعه مع مصلحتها أو يعطل طريق استغلالها (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٧٧ — ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٢ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٥٩ — ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨١ — ١٦ ابريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٣٥ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٥٠ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧) . وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٢٨ ص ١٢٧ .

ويتبين من ذلك أن الأرض الواقعة فى منطقة خمس أقصاب من بعد الجنابيتين المجاورتين للخندقين هى ملك خاص للأفراد ولهم حق التصرف فيها بعد مراعاة حق مصلحة السكك الحديدية من الاتفاق مع المشترى على شروط التملك وكيفيته ، ويجوز تملكها بالتقادم (محمد على عرفة فقرة ١٢٩ ص ١٦١ — محمد زهير جرانة ص ١٨٧ — ص ١٨٩) .

(١) استئناف مختلط ١٠ ابريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٧٣ — ٢١ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠١ — ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٧٩ — وقد قضى بأنه يدخل المنافع العامة مسطح النهر بما فى ذلك المجرى بمعناه الواسع ويشمل الفروع المختلفة والقاع حتى الجسور ، فليس للملاك المجاورين حق القيام بأعمال تفيد كسب الملكية ولا بأعمال لاتقاء الفيضان بدون ترخيص من الحكومة (استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥) . وقضى أيضا بأن ما يتبع الأنهار الصالحة للملاحة ، أى الضفاف العالية والأراضى الواقعة على جسور النيل ، يعتبر من أملاك الحكومة العامة ، فلا تقبل التملك بالتقادم (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١) .

وفروعه (١) . فيجوز للأفراد ولملاك الأراضي المجاورة للنيل الاستفادة من مياهه (٢) . أما المجرى فهو خط يتحدد بالمتوسط بين أعلى مياه يصل اليها النيل فى أعلى فيضانه وأعلى مياه يصل اليها فى أخفض فيضانه ، وذلك فى خلال مدة طويلة من السنين فيما عدا السنين الذى يكون فيها العلو أو الانخفاض استثنائيا (٣) . فكل الأراضي والجزر التى تدخل فى هذا المنسوب تعتبر جزءا من مجرى النيل . وتعتبر الأراضي الواقعة على جسور النيل من الأشياء العامة التى لا يجوز تملكها بالتقادم (٤) ، ولا اجراء أعمال لاتقاء

---

(١) استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥ .

(٢) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٧٨ — ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٠ — ١٧ ابريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥ .

(٣) وقد قضى بان فراش (lit) النهر أو مجراه يتحدد بالمنسوب الذى يصل اليه أعلى مياه النهر فى وقت الفيضان العادى ، أى المتوسط فى عدة سنين ، ماعدا التى يكون فيها العلو أو الانخفاض استثنائيا ، فكل ما يدخل فى هذا المنسوب يعتبر جزءا من مجرى النهر فيكون من الأملاك العامة (مصر الكلية ٢٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٧٦ ص ٣٩٦) . وقضى بأن الأطيان التى اغرقتها المياه اذا كانت تعد بحسب طبيعة موقعها جزءا من مجرى النهر ، ولما ارتفع منسوبها بتراكم الطمى ابيح تمليكها للأهالى ، فان هذا التمليك لا يعنى أنها لم تعد جزءا من مجرى النهر ، لأن الواقع أنها جزء منه ، ولذلك فان ملكية أصحابها تكون محملة بحق ارتفاق مقرر للمنفعة العامة من مقتضاه أن تغمرها مياه النهر عند الحاجة لتجرى مياهه فيها هذه طليقة بين جسرين ، دون أن يكون لأصحابها حق فى التعويض عن ذلك ، ولذلك تكون الحكومة غير ملزمة قانونا بالمحافظة عليها من الغرق (مجلس الدولة ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة مجلس الدولة ٤ رقم ٢٢٤ ص ٧٣٧) . وانظر نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٨١ ص ١٧١ — استئناف مختلط ٦ ابريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ — ٩ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٦ — ١٧ يناير سنة ١٩٣٣م٤٥ ص ١٣١ — ٢٢ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٩ — محمد كامل مرسى فقرة ١٣٧ — محمد على عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٩ — وحيد رأفت ص ١٠٠٠ .

(٤) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٨١ ص ١٧١ — استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ .

انفيضان بغير ترخيص من جهة الادارة (١) .

كذلك يدخل ضمن الأشياء العامة الترع العامة والمصارف العامة . والترعة العامة هي كل مجرى معد للرى تكون الدولة قائمة بنفقات صيانته ، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال (م ٢ من قانون الرى والصرف) (٢) . والمصرف العام هو كل مجرى معد للصرف تكون الدولة قائمة بنفقات صيانته ، ويكون مدرجات بسجلات وزارة الأشغال (م ٣ من قانون الرى والصرف) . ومقتضى أن يكون المجرى ترعة عامة ومصرفا عاما أنه يجوز للجميع الانتفاع بالترعة واستعمال مياهها لرى أراضيهم ، والانتفاع بالصرف واستعماله لصرف المياه فيه . وقد وضعت قيود على هذا الاستعمال لضمان توزيع المياه توزيعا عادلا ، وتسهيل الملاحة ، والانتفاع بالجسور ، من ذلك قلع الأشجار المغروسة فى جسور الترع ، اذا ثبت أنها تعوق سير مياه الترعة أو تعطل الملاحة فيها أو تعطل المرور على جسورها (م ٩ من قانون الرى والصرف) ، وحظر انشاء مأخذ المياه فى جسور النيل أو جسور الترع العامة الا بترخيص (م ٣٦ من قانون الرى الصرف) ، ووجوب الحصول على ترخيص لاقامة أية آلة من الآلات الرافعة التى تدار بغير اليد كالساقية أو التابوت (م ٤٥ من قانون الرى والصرف) . وتعتبر جسور الترع والمصارف العامة من الأشياء العامة ، فلا يصح تملكها بالتقادم (٣) — ولكن يجوز

---

(١) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٥ — محمد على عرفة فرقة ١٢٨ ص ١٥٩ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن اتصاف ترعة بأنها عمومية أو غير عمومية أمر قانونى بينته لائحة الترع والجسور ، فمن واجب المحكمة اذن أن تراعى فى قضائها ما جاءت به تلك اللائحة فى هذا الصدد . فاذا هى لم تفعل ، واعتمدت فقط فى قيام صفة الترعة على تقرير الخبير المؤسس على تطبيق خريطة فك الزمام المرسوم عليها ما يفيد أن الترعة بجسريها عمومية ، كان حكمها متعينا نقضه (نقض مدنى ١٤ ابريل سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٢٠٣) .

(٣) استئناف وطنى ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ =

الترخيص للأفراد فى زراعة جسور الترع ، ويصدر الترخيص من وزارة الرى ، ولها أن تقيده بالشروط التى تراها لازمة لمنع الاضرار بصالح الرى والصرف (م ٨ من قانون الرى والصرف) • أما المساقى والمصارف الخاصة فهى مملوكة للأفراد ، ولكن يجوز لهم التنازل عنها للحكومة لتصبح ترعا ومصارف عامة تتولى الحكومة صيانتها • كما يجوز بقرار جمهورى أن تعتبر أية مسقاة أو مصرف خاص ترعة أو مصرفا عاما اذا كانت المسقاة متصلة مباشرة بالنيل أو بترعة عامة تستمد المياه من أيهما ، أو كان المصرف الخاص متصلا مباشرة بالنيل أو بمصرف عام أو ببحيرة يصب فى أى منها • ولا تدفع الحكومة أية تعويضات عن الأرض المشغولة بالمسقاة أو المصرف قبل اعتباره عاما (م ٤ من قانون الرى والصرف) • وبقاء ترعة أو مصرف ضمن الأشياء العامة منوط بكون الحكومة مستمرة على تولى حفظها وصيانتها وتطهيرها ، فاذا انقطعت الحكومة عن ذلك جاز أن يؤول انقطاعها نقلا للترعة أو المصرف من الأشياء العامة الى الأشياء الخاصة ، وكذلك يكون الحكم بالنسبة الى الجسور [1] •

ويتبين من ذلك أن الأشياء العامة النهرية (domaine public fluvial) اما أن تكون طبيعية وهى نهر النيل ، أو صناعية وتشمل الترع والمصارف والمين والمرافىء والأرصفة والأراضى والمبانى اللازمة

= رقم ٩٢ ص ١٨٠ — استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ — ٩ ابريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٦ — محمد على عرفة فقرة فقرة ١٢٨ ص ١٥٩ — ومسطلح الترعة (banquette du canal) الواقع بين جسرها والماء يعتبر من الأشياء العامة ، ولا تزول عنه هذه الصفة الا بحادث طبيعى او بأمر ادارى ينقله الى الأشياء الخاصة (استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٥ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٢ — محمد على عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٦٠ هامش ٢) •

(١) نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٤ ص ٨٦ (بالنسبة الى الترعة أو المصرف) — استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩١ (بالنسبة الى الجسور) •

للانتفاع بالنهر أو الترع (١) .

٥٣ — أشياء عامة بحرية :

وشواطىء البحر (rivages de la mer) تعتبر من الأشياء العامة ، والشاطىء يشمل الأرض التى يغطيها أعلى أمواج الشتاء ، ويرجع فى تحديدها الى الطبيعة (٢) . فلا يجوز التصرف فى شواطىء البحر على هذا التحديد ، كما لا يجوز تملكها بالتقادم (٣) . ولا يجوز أخذ رمال أو أحجار أو حصى أو مواد أخرى من شواطىء البحر (وهى من الأملاك العامة كما رأينا) ، أو من الأراضى التى تتكون من طمى البحر أو التى ينكشف عنها البحر (وهى من أملاك الحكومة الخاصة كما سنرى) ، فى السواحل التى تعين بقرار يصدره المحافظ أو المدير ، والا كانت العقوبة غرامة مقدارها مائة قرش وضبط هذه المواد ومصادرتها (قرار ناظر الداخلية الصادر فى ٦ مارس سنة ١٩١٢) .

وكذلك تعتبر من الأشياء العامة البرك والمستنقعات (les marais et étangs) المستملحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة

---

(١) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٥ .

(٢) استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٧٨ — أول يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٩ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٣٢ ص ١٥٩ — محمد على عرفة فقرة ١٢٨ ص ١٥٨ — أما البحر ذاته فالدولة ليس لها فيه الا حق السيادة على المياه الاقليمية (la mer territoriale) وتقدر بمدى مرمى المدفع . وكان هذا المدى يبلغ ثلاثة أميال بحرية (أى ٥٥٥٦ مترا) ، ولكنه زاد بعد ذلك كثيرا ، وهناك ميل الى تحديد هذا المدى فى الوقت الحاضر بمقدار ١٢ ميلا بحريا . انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٢٤ ص ١٣٤ هامش ١ والمراجع المشار اليها فيه .

(٣) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ — وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان شاطىء البحر من الأملاك العامة ، كانت الأكشاك التى تقيمها البلدية عليه لغرض تنظيم الانتفاع والاستمتاع به وتيسيرها من الأملاك العامة كذلك بالتبعية والتخصيص (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٢) .

للدولة ، فلا يجوز التصرف فيها ولا تملكها بالتقادم (١) •

والأشياء العامة البحرية (domaine public maritime) كالأشياء العامة النهرية (domaine public fluvial) اما أن تكون طبيعية وتشمل شـــواطىء البحر والمراسى والموارد (les havres et rades) والبرك والمستنقعات المستملحة والبحيرات ، أو أن تكون صناعية وتشمل المين (les ports) حربيـــة كانت أو تجـــارية والأرصـــفة (quais) والأحواض (docks) (٢) •

وقد ذكرت الفقرة الرابعة من المادة ٩ من التقنين المدنى الوطنى السابق ضمن الأشياء العامة البحرية « الأراضى التى تتكون من طمى البحر والأراضى التى تنكشف عنها المياه » (les lais et relais de la mer) , على نسق المادة ٥٣٨ مدنى فرنسى • والصحيح أن الأراضى التى تتكون من طمى البحر والأراضى التى تنكشف عنها المياه هى من أملاك الدولة الخاصة لا من أملاكها العامة . فيجوز للدولة التصرف فيها (٣) • واذا كان المشرع الفرنسى قد ذكر أنها تدخل ضمن الدومين العام ، فقد أراد بذلك أنها ملك الأمة أى تدخل ضمن الدومين القومى ، وقد رأينـــا أن التقنين المدنى الفرنسى قد خلط ما بين الدومين القومى والدومين العام وجعلها شـــيئا واحدا (٤) • فلم يتنبه المشرع المصرى الى هذا الخلط الذى وقع فيه المشرع الفرنسى ، وذكر مجـــاراة له أن الأراضى التى

---

(١) ولما كانت بحيرة مريوط مخصصة لمنفعة عامة ، فهى تتلقى ميـــاه الصرف من محـــافظة البحيرة ، فانهـــا تعتبر داخلة فى الدومين العـــام (استئناف مختلط ٩ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠) •

(٢) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٣٥ •

(٣) انظر م ١٩١٩ مدنى — وانظر فى القانون الفرنسى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٣٣ ص ١٤٦ •

(٤) انظر آنفـــا فقـــرة ٤٥

تتكون من طمي البحر والاراضى التى تنكشف عنها المياه هى من الأملاك العـــامة (١) •

٥٤ ـ أشياء عامة حربية :

ولما كان مرفق الدفاع من أهم وظائف الدولة . فكل ما يستخدم لهذا المرفق يعتبر من الأشياء العـــامة التى لا يجوز التصرف فيهـــا ولا تملكها بالتقادم ، حتى لا يتعطل مرفق من أخطر المرافق • ويدخل ضمن ما يستخدم لمرافق الدفاع الحصـــون والقلاع ، والخنــادق ، والأسوار ، والأراضى الداخلة فى مناطق الاســتحكامات ، وميــادين التدريب والمناورات ، والترســانات ، والقشــلاقات (الثكنــات) ، ومصانع الذخيرة والذخائر والأسلحة ، والأسطول الحربى ، والطيارات الحربية ، وجميع المهمات الحربية ما كان منها قديما وما استحدث •

فاذا زال تخصيص شىء من ذلك لمرفق الدفاع ، أصبح من أموال الدولة الخاصة ، وجاز التصرف فيه • ومن ثم فالحصون والقلاع اذا أبطل استعمالها (٢) ، وأسوار المدن القديمة التى لم تعد بذات فائدة فى الدفاع ، كل هذه تكون من أملاك الدولة الخاصة (٣) •

٥٥ ـ أشياء عامة ذات غرض دينى أو خيرى :

كانت الفقرة السابعة من المادة ٩ من التقنين المدنى السابق تنص على أن الأملاك العامة تشمل « الجوامع وكافة محلات الأوقاف الخيرية

---

(١) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٣٣ ـــ وقـــد كانت محكمة الاستئناف المختلط قد وقعت فى هذا الخطأ فقضت بان هذه الأراضى تعتبر من الأملاك العامة (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٨) ، ثم رجعت عن خطأها فقضت بأنها تعتبر من الأملاك الخاصة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦) •

(٢) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٨ •

(٣) نقض مـــدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجمـــوعة عمر ٣ رقم ١١ ص ١٠٦ (سور مدينة القاهرة القديم) . بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٢٩ ـــ بلانيول وريبير وبولانجيـــه ١ فقرة ٢٥٦٥ ـــ محمـــد على عرفة فقرة ١٣٠ •

المخصصة للتعليم العام أو للبر والاحسان ، سواء كانت الحكومة قائمة بادارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها » ويلاحظ أن عبارة « كافة محلات الأوقاف الخيرية المخصصة للتعليم العام أو للبر والاحسان » هي ترجمة غير دقيقة لتعداد أتى في النص الفرنسي للمادة لم يرد فيه شيء عن « الأوقاف الخيرية » ، وانما ذكر (établissements pieux) أي محال العبادة أو المؤسسات الدينية (établissements d'instruction) أي مؤسسات التعليم ، و(établissements de charité) أي مؤسسات البر والاحسان (١) . وهناك فرق بين الأملاك العامة والأوقاف الخيرية ، وان كانا يتفقان في عدم جواز التصرف فيهما . فالأوقاف الخيرية تنتفع بها جهة البر التي عينها الواقف أما الأملاك العامة فينتفع بها جميع الناس ، ويصرف على صيانة الأوقاف الخيرية من ريعها أما الأملاك العامة فيكون الصرف على صيانتها من أموال الدولة (٢) .

وفي عهد التقنين المدني السابق كانت المساجد (الجوامع) ، وفقا للنص المتقدم الذكر ، تعتبر من الأملاك العامة اذا كانت الحكومة قائمة بادارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها .

فاذا لم يتوافر هذا الشرط — شرط الادارة أو الصرف — فان المسجد يعتبر من الأملاك الخاصة (٣) ، ولكن المسجد الخاص يكون في

---

(١) انظر استئناف مصر ٢٨ ابريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٩ ص ١٧٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط اعتبار الاماكن المخصصة للعبادة والبر والاحسان من الأملاك العامة ، طبقا لنص الفقرة السابعة من المادة التاسعة من القانون المدني القديم ، هو ان تكون في رعاية الحكومة تدير شؤونها وتقوم بالصرف عليها من اموال الدولة فاذا كان الثابت أن وزارة الأوقاف لم تتول ادارة تلك الأعيان المتنازع عليها بصفتها الحكومية وانما بوصفها ناظرة عليها ، شأنها في ذلك شأن اى فرد من الافراد يعهد اليه بادارة شؤون الوقف ، فانه ليس من شأن هذا النظر ان يخلع على هذا المال صفة المال العام (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة احكام النقض ٩ ص ٤٥٣) .

(٣) ومن ثم يمكن كسب حق المطل على كل مسجد لا تكون الحكومة =

هذه الحالة وقفا طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية (١) .

أما الكنيسة فقد قضت محكمة النقض بأنها لا تعتبر من الأموال العامة المبينة فى المادة ٩ من القانون المدنى القديم حتى اذا صح قياسها على الجوامع المنصوص عليها فى هذه المادة . ذلك أن عبارة الفقرة السابقة صريحة فى أن الجوامع لا تعتبر من الأموال العامة الا اذا كانت الحكومة قائمة بادارتها أو بصرف ما يلزم لحفظها وبقائها . فشرط اعتبارها من الأموال العامة هو أن تكون فى رعاية الحكومة . ولا تعتبر كذلك من الأموال العامة استنادا الى الأمر العالى الصادر بانشائها ، لأنه لا يعدو كونه مجرد ترخيص فى انشاء كنيسة ، فليس من شأنه أن يخلع عليها صفة المال العام (٢) .

وبعد صدور التقنين المدنى الجديد لم تتغير الحال بالنسبة الى الكنيسة . وقد رأينا أنه عند نظر مشروع التقنين المدنى أمام مجلس الشيوخ تقدم احد الأعضاء باقتراح يرمى الى اضافة فقرة للمادة ٨١

= قائمة بادارته أو صرف ما يلزم لصيانته (استئناف وطنى ٧ مايو سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١١٥ ص ٢٤١ — وهذا قبل أن تصبح الأملاك الخاصة غير قابلة للتملك بالتقادم) — اما اذا كان المسجد معتبرا من الأملاك العامة ، فلا يجوز كسب حق المطل عليه (استئناف وطنى ٦ نوفمبر ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٤ ص ٤٤ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٩ ص ١٣ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤٠٩ ص ٥٠٦ — ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٤) .

(١) وقد جاء فى شرح الكنز للزيلعى : « ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقة ويأذن بالصلاة فيه ، واذا صلى فيه واحد زال ملكه . وقد اجمعوا على انه اذا صار مسجدا زال ملكه عنه وحرم بيعه فلا يورث ، وليس له الرجوع فيه لأنه صار لله بقوله تعالى وان المساجد لله ، ولا رجوع فيما صار لله تعالى كالصدقة » (شرح الكنز للزيلعى ٣ ص ٣٢٩) .

(٢) نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ١ رقم ١٢٦ ص ٥٠٠ — وانظر استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٧ ص ٢٢٤ .

مدنى تقضى بجعل الكنائس والمعابد بمجرد بنائها والصلاة فيها خارجة عن التعامل ومملوكة للهيئة الدينية العليا التابعة لهـا ، فرفض مجلس الشيوخ هذا الاقتراح (١) .

أما المسجد ، بعد صدور التقنين المدنى الجديد ، فالفقه لا يزال يعتبره من الأملاك العامة اذا دخل تحت ولاية الدولة وتولت ادارته أو الصرف عليه (٢) . فاذا أنشأ المسجد أحد الأفراد وتولى الصرف عليه من ماله الخاص ، فان المسجد وان أصبح وقفا طبقا لأحكام الشريعـة الاسلامية كما قدمنا ، الا انه لا يعتبر من الأملاك العامة ، حتى يسلمه صاحبه لوزارة الأوقاف فتتـولى ادارته والانفاق عليـه ولو من مال موقوف عليه فعندئذ يصبح من الأملاك العامة (٣) .

ويقاس على ذلك جميع الجهات ذات الغرض الخيرى أو التعليمى ، كالمستشفيات والمبرات ودور التعليم والملاجىء . فان كانت الدولة هى التى تتولاها وتقوم بادارتها وتتولى الصرف عليهـا فهى من الأملاك العامة . أما اذا كانت مملوكة للأفراد فتبقى ملكا خاصا لهم .

أما المقابر (tombeaux) فتعد فى فرنسا محلا لحق عينى خاص يمنح

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦١ — ص ٤٦٤ . وانظـــر آنفا فقرة ١ فى الهامش . وقد قال مندوب الحكومة أمام مجلس الشيوخ : « المسألة من حيث مبدأ التنظيم أخلق بها أن تعالج فى قانون خاص من أن تقحم على القانون المدنى ، خصوصا أن الكنائس تعتبر من الأملاك العامة فى البلاد الأخرى . ولقد أوضحت .. فى اللجنة أن من الخطر بمكـان أن تعتبر الكنائس من الأملاك العامة فى مصر ، لأن هذا لا يحل الاشكال .. اننا نتفق معا فيما يتعلق بعدم جواز اعتبارها من الأملاك العامة ، ونتفق كذلك فى انه لا يجوز أن نخرجها من دائرة التعامل اخراجا مطلقا دون أن تنظم التفاصيل المتعلقة باعادتها الى هذه الدائرة ؛ ولهذا لا توافق الحكومة على هذه الاضافة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٦٣) .

(٢) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٦ ص ١٧٥ — محمـد على عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٥ .

(٣) محمد على عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٥ .

لصاحب الترخيص (١) • وكان دخول الجبانات (cimétière) فى الأملاك العامة فى فرنسا محلا للمناقشة (٢) ، ولكن تغلب الرأى الذى يدخلها فى هذه الأملاك (٣) • وتعتبر الجبانات فى مصر من الأملاك العامة ، مادامت معدة للدفن فيها وتخصصت بالفعل لهذه المنفعة العامـــة دون حاجة الى اصدار قانون أو مرسوم باعتبار منطقة معينة جبانة لدفـن الموتى (٤) • فاذا كانت أرض مشغولة فعلا بالمقابر ويدفن فيها عادة ،

---

(١) نقض فرنسى ١١ ابريــل سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٧٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٣٩ ص ١٥٢ •

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٣٩ ص ١٥١ هامش ٤ •

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٣٠ ص ١٤٣ •

(٤) استئناف وطنى ٢٠ يناير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٨ ص ١٠٦ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ٥٩ ص ١١٥ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٤ الحقوق ٢٩ ص ٣٦٠ — ١٥ مايو سنة ١٩١٨ المجموعـــة الرسمية ٢٠ رقم ٢٠ ص ٢٢ — ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٩ ص ٣١ — استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ — محمد كامل مرسى فى مقاله فقرة ٨٥ — محمد على عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٧ •

ويختص الأفراد بموجب تراخيص بأجزاء من ارض الجبانة يقيمون حيشان عليها ، ويعدون المقابر فى هذه الحيشان ، وقد قضى بأن اراضى الجبانات هى من الأراضى المخصصة للمنافع العامة ، فليس للأفراد طلب تثبيت ملكيتهم لها ، حتى لو اختصوا بأجزاء منها بواسطة اقامة حيشـــان عليها ، وبأن للحكومة بمالها من السلطة والولاية على الأملاك العامة أن ترفع دعوى على الأفراد اذا استعملوا ارض الجبانة فى غير ما خصصت له وهو الدفن ، وبأن كل ما يرتبه القانون لأصحاب الحيشـــان على ارض الجبانة المقامة عليها مبانيها هو حق اختصاصهم وحدهم بالانتفاع بتلك الأراضى بحيث لايحق للغير ان يتعرض لهم فى هذا الحق ، فليس لهم يرفعوا دعوى بتثبيت ملكيتهم للأراضى المذكورة لانها من الأملاك العامة • ومما يشهد بأن حق اصحاب الحيشان على الأرض ليس حق ملكية ان اصحاب الحيشان يطلبون رخصا فى انشائها وتعطى لهم هذه الرخص بعد دفع الرســـوم المقررة ، فاعطاء هذه الرخص دليل واضح على ان مقيمى الحيشــــان لا يشترون الأراضى المقامة عليها ، وانما يختصون بالانتفاع بالدفن فى الجهات التى تعين لهم بعد دفع رسوم خاصة عن ذلك ، وهذا التخصيص بالانتفاع لاينقل اليهم ملكية تلك الأراضى لأنه ليس من العقود الناقلة للملكية (اسيوط الجزئية ٨ يوليه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣١٩ ص ٧٥٤) ، وقضى بالا حق للحكومة فى طلب هدم المبانى التى تشاد على ارض جبانة لاقامة زائرى المقابر ، بشرط الا تحول هذه المبانى الى مساكن مستديمة (استئناف وطنى ١٥ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٤ ص ١٣٣) •

فهذه قرينة كافية على أنها من الأملاك العـامة (١) ، ولا يجوز تملكها بالتقادم (٢) . أما ما ينشئه الأفراد من مبان فى أرض الجبانات ، فانها

---

(١) فالجبانة تدخل فى الأموال العامة بحكم تخصيصها لمنفعة عـامة وهي الدفن ، ويستوى فى ذلك أن يكون من انشأ الجبانة هى الحكومة أو انشأها أحد الأفراد من ملكه الخاص (محمد كامل مرسي ١ فقرة ١٧٣ ص ٢٢٤ — ويشير الى حكم من محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٨ ابريل سنة ١٩٢٦ فى القضية رقم ٥٥٧ سنة ١٩٣٠ كلى مصر) .

(٢) قارن مـع ذلـك استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩١٩ م ٢١ ص ١٣١ .

واذا أبطل الدفن فى الجبانة . ولكن الجبانة بقيت حافظة لمعالمها ،فانها تبقى فى الأملاك العامة حتى يصدر مرسوم باخراجها منها ، انظر فى نقـل الجبانات الى مناطق أخرى دكريتو ٢٩ يناير سنة ١٨٩٤ ، وفى تحديـد جبانات المسلمين مرسوم ١٠ فبراير سنة ١٩٢٤ ، وفى اختصاصات لجنـة المسلمين القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٢ — وانظر لائحة الجبانات الصـادرة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٦ .

فاذا اندرست معالم الجبانة التى ابطل الدفن فيها ، زالت صـفتها العامة . وقد قضت محكمة النقض بجواز تملك ارض الجبانة بالتقادم متى وقع ذلك بعد زوال تخصيص الجبانة للدفن واندثار معالمها وآثارها (نقض مدنى ٢٣ يوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٥ ص ١٢) . وقضـت أيضا بأن الغرض الذى خصصت من اجله الجبانات للمنفعة العامة ليس بمقصور على الدفن وحده ، بل يشمل حفظ رفات الموتى بعد دفنهم ، وينبنى على ذلك أنها لا تفقد صفتها العامة بمجرد ابطال الدفن فيها ، ولايجـوز تملكها بوضع اليد الا بعد زوال تخصيصها واندثار معالمها وآثارها (نقض مدنى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء اول ص ٤٩٠ — وانظر أيضا نقض مدنى ١٠ يونيه سنة ١٩٦٥ مجموعة احـكام النقض ١٦ رقم ١١٨ ص ٧٤٨) . وقضت محكمـة النقض كذلك بأن مفـاد نصوص المادتين ١ و ٢ من المرسوم الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٢٤ والمادة ٦ من لائحة جبانات المسلمين المؤرخة ٤ مارس سنة ١٩٢٦ أن المشرع قد أخرج الأرض التى تقع حـول مسجد الشافعى والتى كانت مشـغولة بمجموعات مساكن مما هو مخصص للدفن ، وان كان قد ابقاها فى نطـاق الجبانات المعتبرة من الاموال العامة ، وذلك توصلا لاهمال أصحاب تلك المبانى ريثما تتلاشى مع الزمن بعد أن حرم تجديدها وترميمها ، فتخلو منها منطقـة الجبانات التى لايجوز صحيا أن تكتنفها مساكن الأحياء . واذ استدل الحـكم المطعون فيه على انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بزوال تخصيصها للدفن واندثار معالمها وآثارها كجبانة وانتشار العمران فيها مع انها لم تكن مخصصة للدفن ولميكن العمران طارئا اولا نتيجة لانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، فان هذا الاستدلال يكون فاسدا (نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة =

تعتبر ملكا خاصا ، وتكون مملوكة لهم (١) •

وقد قضت محكمة النقض بان الاموال التى تصبح من الاموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة هى الأموال التى تكون مملوكة أصلا للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة ، وذلك عملا بالمادة ٩ من القانون المدنى القديم والمادة ٨٧ من القانون المدنى الجديد ، ومن ثم لاتكتسب الأموال الاخرى المملوكة للافراد أو الأوقاف صفة الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل للمنفعة العامة الا اذا كانت قد انتقلت الى ملكية الدولة باحدى طرق كسب الملكية المنصوص عليها فى القانون المدنى ، ومنها وضع اليد المدة الطويلة ، ثم خصصت بعد ذلك للمنفعة العامة ، اذ كانت من المحلات المخصصة للعبادة أو البر والاحسان بشرط قيام الحكومة بادارتها أو بصرف ما يلزم لصيانتها • واذ كانت الدولة لم تتخذ بصدد الارض محل الدعوى اجراءات نزع الملكية ، وسلمت فى دفاعها بأن وضع يدها عليها لم يستمر مدة الثلاثة والثلاثين سنة اللازمة لكسب ملكية الوقف طبقا لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة فى ظل العمل بأحكام القانون المدنى القديم ولما نصت عليه المادة ٩٧٠ من القانون المدنى الجديد قبل تعديلها بالقانونين ١٤٧ لسنة ١٩٥٧، ٣٩ لسنة ١٩٥٩ • كمالم تكشف مدونات الحكم عن أن الدولة قد تولت ادارة الجبانه — التىكانت مقامة فوقها — أو الأنفاق عليها ، فان هذه الأرض بزوال تخصيصها المنفعة العامة تعود الى ملكية الوقف الذى كانت تتبعه أصلا ويكون الحكم

= احكام النقض ١٦ رقم ١٨٨ ص ١٢٠٣) •

وانظر فى أن الجبانة تبقى من الأملاك العامة ولو ابطل الدفن فيها واندثرت معالمها ، ما دامت الحكومة لم تقرر بأمر رسمى اعادتها للاملاك الخاصة ، فلا يصح لأى انسان أن يضع يده عليها حتى لوكان هو الذى أخرج الأرض من ملكه لجعلها مرفقا عاما : استئناف وطنى ٢٠ يناير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٨ ص ١٠٦ — ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢١١ ص ٤٣١ •

(١) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٧٣ ص ٢٢٤ — محمد على عرفة فقرة ١٣٢ ص ١٦٧ •

المطعون فيه إذ جرى قضاءه على انها انتقلت الى الملكية الخاصة للدولة بزوال هذا التخصيص أو بوضع اليد عليها مدة تزيد على خمسة عشر عاما يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (١) .

كما قضت محكمة النقض بأن النص فى المادتين الأولى والثانية من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٦ فى شأن الجبانات والمواد الاولى والسادسة والثامنة والتاسعة من لائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الصحة رقم ٤١٨ لسنه ١٩٧٠ ، يدل على أن الجبانات سواء كانت مخصصة لدفن موتى المسلمين أو من عداهم على اختلاف مللهم وطوائفهم، تعتبر أموالا عامة مادامت معدة للدفن فيها وتخصصت بالفعل لهذه المنفعة العامة ، وان للمجالس المحلية الاشراف عليها وادارتها على النحو الذى بينته اللائحة التنفيذية آنفة الذكر ، وهو ذات ما كان مقررا من قبل فى ظل العمل بلائحة الجبانات الصادرة بتاريخ ٣٠ أكتوبر سنة ١٨٧٧ ، ومن ثم تعتبر الجبانات جميعها من الاموال العامة وتشرف عليها الدولة سواء قبل أو بعد صدور القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٦ (٢) .

٥٦ ــ المبانى الحكومية :

لما كان معيار الشىء العام فى مصر هو كما قدمنا التخصيص للمنفعة العامة ، فكل ما كان مخصصا من مبانى الحكومة لهذه المنفعة يكون شيئا عاما .

ومن ثم يدخل فى الأشياء العامة ما كان معدا لاستعمال الجمهور متى كان مخصصا لمنفعة عامة ، ومن ذلك المتاحف والمكتبات العامة والأسواق العامة والحدائق العامة والسلخانات والبورصات .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ١١٩ صفحة ٧٣٧ .

(٢) نقض مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢٣٥ صفحة ١٢٢٨ .

ويدخل أيضا فى الأشياء العامة ماكان لازما لسير المرافق العامة متى كان مخصصا لمنفعة عامة ، ومن ذلك المدارس والجامعات والمستشفيات والمصحات والمحاكم والسجون والاصلاحيات .

ويدخل أخيرا فى الأشياء العامة ما كان مخصصا لمنفعة عامة دون حاجة لان يكون معدا لاستعمال الجمهور أو لازما لسير المرافق العامة، ومن ذلك ماورد فى الفقرة ٨ من المادة ٩ من التقنين المدنى الوطنى السابق من « العقارات الميرية مثل السرايات والمنازل وملحقاتها المخصصة لاقامة ولى الأمر أو للنظارات أو المحافظات أو المديرات، وعلى وجه العموم كافة العقارات المعدة لمصلحة عمومية » وهذه المبانى مختلف عليها فى فرنسا ، فبعض يرى أنها لا تدخل فى الأموال العامة (١) وبعض يرى أنها تدخل (٢) . أما فى مصر ، فلا خلاف فى أنها تدخل فى الأشياء العامة (٣) .

٥٧ — المنقولات :

هناك خلاف فى فرنسا فيما اذا كان يمكن اعتبار المنقولات داخلة فى الأملاك العامة ، فبعض يجيز ذلك (٤) ، وبعض لايجيز (٥) . أما فى مصر ، فلا خلاف فى جواز اعتبار المنقولات من الأملاك العامة ، سواء

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٣٠ ص ١٤٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٥٦٦ .

(٢) اوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٦ هامش ٦ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٦٨٨ .

(٣) محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٤٩ — محمد على عرفة فقرة ١٣١ ص ١٦٤ — وانظر بالنسبة الى سراى عابدين : استئناف مصر ١٠ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٢ ص ٥١٧ .

(٤) اوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٦ — هوديو ص ٦٤٣ — تعليق فالين فى داللوز ٤٦ ص ٢٨ .

(٥) برتلمى ص ٤٢٣ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٥٤ ص ٧٦٥ .

كان ذلك فى عهد التقنين المدنى السابق (انظر م ٩ فقرة ١٠ وفقرة ١١ من التقنين المدنى الوطنى) او فى عهد التقنين المدنى الجديد حيث تصرح الفقرة الأولى من المادة ٨٧ مدنى بأن « تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات » .

وقد أدخلت الفقرة ١٠ من المادة ٩ من التقنين المدنى الوطنى السابق ، بصريح النص ، فى الأملاك العامة « الدفترخانات العمومية والأنتيكخانات والكتبخانات الميرية والآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون أو الاشياء التاريخيه » . فيدخل اذن فى الأملاك العامة المستندات والوثائق المحفوظة لدى الوزارات والمصالح المختلفة أو دار المحفوظات العامة ، والتحف والتماثيل والصور المعروضه بالمتاحف العامة (١) . والكتب والمخطوطات الموجودة بالمكتبات العامة وكل منقول آخر خصص للمنفعة العامة .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة العاشرة من المادة التاسعة من القانون المدنى السابق — المنطبق على واقعة الدعوى — نصت على أن الآثار العمومية وكافة ما يكون مملوكا للحكومة من مصنوعات الفنون

---

(١) انظر القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ بشأن الآثار (م ١ و ٧) . وانظر القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ بشأن حماية آثار العصر العربى (م ٢) . وانظر المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣١ بالحاق المتحف القبطى بأملاك الدولة العامـــة .

وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الاثرى لايجوز التبايع فيـه ، وللحكومة أن تستردده من حائزه بغير تعويض تدفعه له أو ثمن ترده اليه ، ولا يقبل فى شأنه الاحتجاج بأحكام امتلاك المنقول بالحيازة (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢رقم ٧٨ ص ٢١٥ — وانظر ايضا استئناف مختلط اول مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١) . وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٥١ — محمد على عرفة فقرة ١٣٣ .

وفيما يتعلق بالاراضى الاثرية قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا تعد الاراضى الاثرية من املاك الحكومة العامة الا اذا صدر قرار من السلطة المختصة يقضى بأنها اثرية ، فاذا لم يصدر قرار بهذا المعنى تبقى تلك الاراضى من الأملاك الأميرية الخاصة (استئناف وطنى ١٤ ديسمبر سـنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٣٤ ص ٥٩) .

أو الاشياء التاريخية يكون معتبرا بذاته من المنافع العامة . كما ذكرت الفقرة الحادية عشرة منها أن المال الثابت أو المنقول اما تخصص بالفعل للمنفعة العامة كان عاما أيضا . ولما كانت المادة السادسة من قانون الآثار رقم ١٤ الصادر فى ١٢ يونية سنة ١٩١٢ تنص على ان « أراضى الحكومة المقررة أو التى سيقرر انها أثرية تعد جميعها من أملاك الحكومة العامة » وكان هذا النص واضح الدلالة على ان الارض لا تعتبر أثرية الا اذا تقرر ذلك من قبل الحكومة ، أى صدر به قرار من مجلس الوزراء أو على الاقل من قبل وزير الاشغال المكلف بتنفيذ هذا القانون فيما يخصه بمقتضى المادة الثانية والعشرين منه . فان كل ورقة أو مخاطبة ادارية ليست قرارا من هذا القبيل لا يمكن — فى علاقة الحكومة بالجمهور — أن تعتبر مغيرة لوصف الارض وتخرجه لها من ملك الحكومة الخاص الى ملكيتها العامة . ومن ثم لا يكفى لاعتبار الأرض أثرية غير ممكن اكتسابها بوضع اليد بمضى المدة مجرد صدور قرار من مراقبة الاملاك باعتبارها كذلك ولا وصفها بأنها أثرية فى قوائم المساحة والتحديد (١) .

كما قضت محكمة النقض بأنه من المقرر — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن أراضى الآثار باعتبارها من الاموال العامة لا يجوز تملكها بوضع اليد مهما طالت مدته الا اذا كان وضع اليد عليها قد حصل بعد انتهاء التخصيص للمنفعة العامة وفقدانها صفة المال العام فقدانا تاما ، وكان مجرد سكوت مصلحة الآثار عن اقامة الغير بناء فى أراضى الآثار لايؤدى الى زوال التخصص ، لما كان ذلك وكان القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ المعمول به من ١٣ يوليه سنة ١٩٥٧ قد اضاف لنص المادة ٩٨٠ من القانون المدنى حكما جديدا يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم ، فان مؤدى ذلك أنه يشترط لتملك هذه الأراضى بالتقادم المكسب أن يستمر وضع اليد

---

(١) نقض مدنى فى ٢٢ يونية سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٩٤ صفحة ١٥٢٩ .

عليها بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة مدة خمسة عشر عاما سـابقة ١٣ يولية سنة ١٩٥٧ تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ (١)٠

كذلك ادخلت الفقرة ١١ من المادة ٩ سالفة الذكر فى الأملاك العامة « تقود الميرى ، وعلى وجه العموم كافة الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر » (٢) ٠

ومن المنقولات المخصصة للمنفعة العامة ، ومن ثم تدخل ضـمن الأملاك العامة ، « مراكب النقل أو البوستة » المذكورة فى الفقرة التاسعة من المادة ٩ سالفة الذكر ، ويقاس عليها الطيارات التى تملكها الحـكومة وتخصصها للمنفعة العامة (٣) ٠

٥٨ ــ حقوق الارتفاق :

وقد نصت المادة ١٠ من التقنين المدنى الوطنى السابق عـلى أن « يعد أيضا من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية حقوق التطرق المتعلقة بالشوارع ومجارى المياه والاشغال العمومية والأعمال الحديثة ،

---

(١) نقض مدني فى ٨ مايو سنة ١٩٨٤ مجموعة احـكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢٣٣ صفحة ١٢١٩ ٠

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اموال الحكومة ، منقولة او ثابتة ، غير قابلة للحجز خصوصا النقود الموجودة داخل خزائنها او المعدة لدخولها فيها (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٨٧٨ بوريللى) ـــ وقضـت ايضا بان يلغى كل حجز موقع على نقود الحكومة لو كانت تلك النقود تحت يد الغير ، لان ذلك لا ينفى عنها صفتها العامة المكسوبة لها بموجب قانون. او بموجب تخصيصها الطبيعى (استئناف مختلط ١٢ يونية سـنة ١٨٧٩ بوريللى) . وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٥٢ ـــ محمد على عرفة فقرة ١٣٣ ص ١٦٨ ٠

(٣) وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كانت الاموال التى تصبح من الاموال العامة بمجرد تخصيصها للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة وذلك عملا بالمادتين ٩ من القانون المدنى السابق والمادة ٨٧ من القانون المدنى الحالى ، ومن ثم فان الاسهم التى كانت مملوكة للجمعية الطاعنة لم تكتسب صفة المال العام بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة طالما ان ملكيتها لم تنتقل الى الدولة باحدى طرق كسب الملكية المنصوص عليها فى القانون قبل تخصيصها للمنفعة العامة (نقض مدنى فى ٢١ مايو سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢٩٤ صفحة ١٥٣٣) ٠

وعلى وجه العموم كافة ما تقتضيه حقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الأملاك الميرية المذكورة أو توجبها القوانين والأوامر الصادرة لمنفعة عمومية » • وهذه هى حقوق الارتفاق الادارية المقررة لمنفعة عامة ، فهى تعتبر أيضا داخلة فى الأموال العامة •

وقد قضت محكمة النقض بأن الارتفاعات الادارية المقررة لخدمة مال عام تعتبر أموالا عامة لتعلقها بالمال العام الذى تخدمه فيكون لها لذلك ما للاموال العامة من خصائص وحصانة وتبقى مابقى المال العام المخدوم مخصصا للمنفعة العامة، ولا تنقضى الا بانتهاء تخصصه بهذه المنفعة أو بتخصيصه لجهة نفع أخرى غير تلك التى من أجلها تقرر الارتفاق (١)•

ويدخل ضمن حقوق الارتفاق الادارية بحقوق التطرق المتعلقة بالشوارع (les servitndes de voirie) . فمن كان ملكه يقع بجوار شارع عام تحمل بتكاليف تقررها القوانين واللوائح ، من ذلك ما يستوجبه تقرير خط التنظيم ، وعدم جواز البناء بغير اذن ،واصلاح الابنية الآيلة للسقوط أو هدمها •

ويدخل أيضا ضمن حقوق الارتفاق الادارية المذكورة الحقوق المتعلقة بمجارى المياه (les cours d'eaux) . كحق الادارة فى قلع الأشجار المغروسة فى الجسور أو فى منحدرات الترع والمصارف العامة اذا كانت تعوق الملاحة أو سير المياه أو تمنع السير على الجسور •

وتدخل أيضا الحقوق المتعلقة « بالأشغال العمومية » (travaux publics) كحق الادارة فى نزع الملكية للمنفعة العامة أو فى الاستيلاء الموقت على عقارات الأفراد ، وكحقها فى هدم بناء لاجراء الأعمال الواقية من الفيضان •

وتدخل أيضا الحقوق المتعلقة « بالأعمال الحربية » (servitudes

---

(١) نقض مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٨٠ صفحة ٤٩٥ •

militaires) ، كمنع الملاك المجاورين للقلاع والحصون من اقامة مبان على مسافة معينة (١) .

ويفرق الفقه الادارى فى التكاليف المتقدمة الذكر ما بين الأعباء التى قد تفرضها الادارة على بعض عقارات الأفراد لاعتبارات تتعلق بالنفع العام ولكنها لا ترمى الى عقار معين من الأموال العامة ، وذلك كحق الحكومة فى قلع الأشجار المغروسة على الجسور وحقها فى نزع الملكية للمنفعة العامة أو الاستيلاء الموقت ، وبين حقوق الارتفاق الادارية بمعناها الصحيح التى هى تكاليف مقررة على عقارات مملوكة للأفراد لمنفعة عقارات داخلة فى الأملاك العامة ، وذلك كقيود البناء التى يستوجبها تقرير خط التنظيم على أصحاب العقارات الكائنة على حافة خط التنظيم ومنع الملاك المجاورين للحصون والقلاع من البناء على مسافة معينة وحق الادارة فى نزع أتربة من الأراضى المجاورة للجسور العامة لتقويتها وحمايتها من غوائل الفيضان (٢) .

٣ — تكييف حق الدولة فى الأشياء العامة

٥٩ — الانقسام فى فرنسا بين رأيين :

كان الرأى السائد فى فرنسا ، وهو الرأى الذى أخذ به برودون منذ ميز بين الدومين العام والدومين الخاص (دومين الملكية) ، أن حق الدولة فى الأشياء العامة ليس حق ملكية ، بل هو ولاية اشراف

---

(١) انظر فى كل ذلك محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٢٣ .

(٢) محمد زهير جرانة ص ٢١٧ — ص ٢١٨ — ويقول فى هذا الصدد : « وقد ترتب على الخلط بين الارتفاق والأعباء الادارية التى تفرض على عقارات الأفراد لدواعي النفع العام ، أن راى فريق من الفقهاء فى هذا فارقا بين الارتفاقات المدنية والارتفاقات الادارية ، فذكروا أن مما تمتاز به الارتفاقات الادارية التى تفرض على عقارات الأفراد عدم وجود عقار مخدوم كما هو الحال فى الارتفاقات المدنية : وهذا الفرق ينعدم اذا قصرنا الارتفاقات الادارية على تلك التى تصل بين العقارات العامة والأملاك العقارية الخاصة » (محمد زهير جرانة ص ٢١٨) .

وحفظ وصيانة لمصلحة الناس جميعا (surintendence: une fonction de garde et de surveilance) .ولكن هذا الرأى لم يبق سائدا ، بل نبت الى جانبه رأى آخر يقول بأن حق الدولة فى الأشياء العامة هو حق ملكية حقيقية لا مجرد ولاية اشراف وحفظ وصيانة • ويبقى الفقه فى فرنسا منقسما بين هذين الرأيين ، ولو أن الرأى الثانى أخذ يتغلب شيئا فشيئا فى خلال القرن التاسع عشر ، وأخذ حق الدولة يتطور بالتدريج من مجرد ولاية اشراف وحفظ وصيانة الى أن يكون حق ملكية ، وان كانت ملكية مقيدة بالمنفعة التى خصص لها الشىء العام (١) •

فنستعرض كلا من الرأيين :

٦٠ — الرأى الذى ينفى ملكية الدولة للشىء العام فى فرنسا :

رأينا أن برودون ، عندما وضع كتابه المعروف فى الدومين العام فى سنة ١٨٣٢ ، ميز فيه ما بين الدومين العام وهو ما خصص للمنفعة العامة وهو فى جوهره دومين حماية ولا يعتبر مملوكا لأحد وانما تحوزه الدولة باسم الجمهور ولمصلحته فهى وكيلة عن الجمهور فى حفظه وصيانته ؛ وبين الدومين الخاص أو دومين الملكية وهو مملوك للدولة ملكية خاصة (٢) •

وكان برودون أستاذا للقانون المدنى ، ولكن تبعه فى نظريته فى الدومين العام أقطاب من فقهاء القانون العام كان ديكروك من أوائلهم • وقد حلل ديكروك الملكية الى عناصرها الثلاثة ، حق الاستعمال (usus) وحق الاستغلال (fructus) وحق التصرف (abusus) وذكر أن هذه العناصر الثلاثة منعدمة فيما للدولة من حق على الأشياء العامة ، فحق الاستعمال فى الشىء العام ليس للدولة

---

(١) هوريو الطبعة العاشرة ص ٦٣٤ هامش ١ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٢٠ ص ١٣١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٥ .

بل لجميع النـــاس ، وليس للـــدولة أن تستغل الشيء العام ، ولا أن تتصرف فيه • ومتى انعدمت هذه العناصر الثلاثة لم يجز القـــول بأن للدولة حق ملكية فى الشيء العام ، وغاية ما يثبت لها هى ولاية الاشراف والحفظ والصيانة ، وهذه الولاية هى مظهر من مظاهر ســـلطان الدولة وسيادتها • فالدولة تحوز الدومين العام باعتبارها صاحبة الســـلطان لا باعتبارها صاحبة الملكية • وأعقب ديكروك طائفـــة من أقطاب الفقه العام ، على رأسهم ديجيه وجيز وبرتلمى (١) •

فديجيـــه ، جريا على مذهبـــه ، ينكر على الدولة شـــخصيتها الاعتبارية ، كما ينكر عليها أنها مالكة للدومين العام ، بل ينكر عليهـــا أنها مالكة لأى مال حتى الدومين الخاص •

كذلك ينكر جيز ملكية الدولة للشيء العام ، ويذهب الى أن المنفعة العامة التى خصص لها الشيء العام تتعارض مع القول بملكية الدولة ، لأن الملكية تفترض أن يكون الانتفاع بالشيء مقصـــورا على المالك ، لا شائعا بين جميع الناس كما هى الحال فى الشيء العام (٢) •

ويرجع برتلمى الى الملكية عند الرومان ، والى العنـــاصر الثلاثة التى تتكون منها من استعمال واســـتغلال وتصرف • ويرى ، كما رأى ديكروك ، أن هذه العناصر الثلاثة جميعا منعـــدمة فى حق الدولة على الشيء العام ، فالدولة لا تستعمل الشيء العام بل جميع النـــاس هم الذين يستعملونه ، كذلك لا تستغل الدولة الشيء العـــام الا فى حالات

---

(١) وممن يقـــولون بولاية الاشراف والحفظ والصيانة دون الملكية ، من فقهاء القانون المدنى ، أوبرى ورو وبارتان ٢ فقرة ١٦٩ ص ٥٤ (انظر تعليق بارتان ص ٥٤ هامش ٣) — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٥٥ — بلانيول وريبير وبولانجيـــه ١ فقرة ٢٥٥٢ — وانظر فى هذا المعنى فقهاء آخرين فى القـــانون الادارى : Bécy فى الـــدومين فقـــرة ١٩٩ — Moreau فى القانون الادارى ص ٥٦٧ — Sarrut فى تعليقه فى داللوز ٩٩ — ١ — ٢٥٧ •

(٢) مقال جيز فى مجلة القانون العـــام سنة ١٩١٠ ص ٦٩٧ وسنة ١٩١٥ ص ٤٦٨ •

استثنائية بحتة ، ولا تملك التصرف فى الشىء العام . فحق الدولة اذن ليس بحق ملكية ، ما دامت عناصر الملكية معدومة (١) .

٦١ — الرأى الذى يثبت ملكية الدولة للشىء العام فى فرنسا :

كما كان برودن هو الفقيه الذى حمل لواء نفى ملكية الدولة للشىء العام وجعل حقها مجرد ولاية فى الاشراف والحفظ والصيانة وقد تبعه بعد ذلك كثير من الفقهاء على ما قدمنا ، كذلك كان هوريو الفقيه الذى حمل لواء الرأى المعارض وأثبت للدولة حق ملكية فى الشىء العام وقد تبعه بعد ذلك كثير من الفقهاء (٢) . وقد تأثر القائلون بملكية الدولة للشىء العام باعتبارات اقتصادية واجتماعية ، فقد تدخلت الدولة فى كثير من المرافق تبعا لانتشار النزعات الاشتراكية ، واقتضى ذلك أن تبحث عن موارد للنهوض بمرافقها المتنوعة . فلم تعد تقنع بالوقوف من الأشياء العامة موقفا سلبيا ، بل نشطت فى استعمال حقها فى هذه الأشياء نشاطا لا يصدر الا عن مالك ، ومن ثم بدأ حقها يتطور

---

(١) برتلمى فى القانون الادارى طبعة ١١ باريس سنة ١٩٢٦ ص ٤٨١ .

(٢) انظر تعليقات هوريو على احكام مجلس الدولة فى ٢٥ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٨ — ٣ — ٦٥ ، وفى ١٦ يوليه سنة ١٩٠٩ مجموعة القضاء الادارى ٣ ص ٢١١ ، وفى ٧ فبراير سنة ١٩١٣ مجموعة القضاء الادارى ٣ ص ٢٨١ ، وانظر موجزه فى القانون الادارى ص ٦٣٠ وما بعدها Bernard — فى حق ملكية الدولة لأموال الدومين العام رسالة من باريس سنة ١٩١٠ — ريجو فى نظرية الحقوق العينية الادارية سنة ١٩١٤ — تعليقات Mestre على حكم محكمة استئناف تولوز فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩١٠ — ٢ — ٢٠٩ ، وعلى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٨ نوفمبر سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٥٢١ — فالين فى مبادلات الأموال العامة رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ ص ٩٣ — Rolland فى الموجز فى القانون الادارى سنة ١٩٢٦ ص ٢٨٨ — Boucard فى الموجز فى القانون الادارى سنة ١٩٢٦ ص ٢٨٩ — رسالة دى لوبادير ص ١٩٨ — رسالة جانس فقرة ٣٠٧ ص ١٩٠ — تعليق Alibert على حكمى مجلس الدولة فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ وفى ١٩ يولية سنة ١٩٢٩ فى سيريه ١٩٣٠ — ٣ — ١ — وانظر من فقهاء القانون المدنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٢٠ .

بالتدريج كما قدمنا من ولاية اشراف وحفظ وصيانة الى حق ملكية (١) •

ويذهب القائلون بأن حق الأشخاص الادارية فى الأشياء العامة هو حق ملكية الى أن هذا الحق لا يفترق عن الملكية العادية التى يعرفها القانون المدنى • والقول بأن عناصر الملكية هى الاستعمال والاستغلال والتصرف ليس بتحليل لحق الملكية ، بل هو مجرد استقراء للمنافع التى يجنيها المالك من ملكه • فاذا قلت هذه المنافع ، فان ذلك لا يستتبع سقوط حق الملكية ، وكثيرا ما يتقيد المالك بعدم التصرف فى ملكه ، بل كثيرا ما يرتب حق الانتفاع على ملكه فلا يكون له لا حق الاستعمال ولا حق الاستغلال ومع ذلك يبقى حق الملكية قائما بالرغم من انعدام الاستعمال والاستغلال والتصرف • فالاستدلال على نفى ملكية الدولة للشىء العام بانعدام الاستعمال والاستغلال والتصرف لا يستقيم اذن ، والحجة فيه ليست حجة حاسمة • والصحيح أن الدولة تتمتع ، بالنسبة الى الشىء العام ، بما يتمتع به المالك فى ملكه ، فالدولة أن تتملك الثمار والحاصلات الناتجة من الشىء العام وبما هو مدفون فى باطنه من ركاز وكنوز ، ولها حق التعويض على من يتعدى على الشىء العام ، ولها أن ترفع دعوى الاستحقاق لتسترد ما يغتصبه الأفراد من الأشياء العامة ، وأن تحتمى بدعاوى الحيازة ، شأنها فى ذلك شأن المالك تماما • بل ان ملكية الدولة للشىء العام أقوى من ملكية الفرد للشىء الخاص ، فالدولة لا تكتفى بما يقدمه لها القانون الخاص من وسائل لحماية ملكيتها ، بل هى الى جانب ذلك تستعين بسلطانها وسيادتها فتنتزع ملكية الأفراد جبرا عنهم لاستكمال ما ينقص الشىء العام ، وتعمد الى أساليب القانون الادارى من اعتماد خطوط التنظيم وقسر الأفراد على مراعاة حدودها ، وتفرض عقوبات جنائية على من يعتدى على الشىء العام •

---

(١) هوريو ص ٦٣٦ — جانس ص ٣٧ وما بعدها — دى لوبادير ص ١٦٧ وما بعدها — محمد زهير جرانة ص ٧٩ — ص ٨٠ •

على أنه لما كان الشيء العام مخصصا للمنفعة العامة ، فان هذا التخصيص من شأنه أن يحور من حق الملكية الذى للدولة على الشيء العام ، ومن أهم مظاهر هذا التحوير ما يقتضيه التخصيص للمنفعة العامة من عدم جواز التصرف فى الشيء العام ، ومن عدم قابليته للحجز ، ومن عدم جواز تملكه بالتقادم •

وينتهى أصحاب هذا الرأى الى القول بأن « حق الأشخاص الادارية على مالها العام ان هو الا حق ملكية ، على أنه لما كانت هذه الملكية تبدو هنا وثيقة الصلة باعتبارات المنفعة العامة وأدخل لذلك فى مجال القانون العام ، وشديدة التأثر بأحكامه ، فانهم ينعتونها بالملكية الادارية تمييزا لها عن الملكية العادية ، واظهارا للخائص التى تفرق بين نطاق كل منهما » (١) •

٦٢ — الانقسام فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق بين الرأيين:

وقد تأثر الفقه والقضاء فى مصر بهذا الانقسام الذى شهدناه فى فرنسا بين الرأيين ، فوقع هذا الانقسام أيضا فى مصر فى عهد التقنين المدنى السابق • ولكن الرأى الذى كان متغلبا ، فى عهد هذا التقنين ، هو الرأى الذى ينفى ملكية الدولة للشيء العام ، ويقتصر على أن يثبت لها ولاية اشراف وحفظ وصيانة • ولكن وجد مع ذلك من يقول بالرأى المعارض ، ويثبت للدولة حق ملكية فى الشيء العام • فنستعرض هنا كلا من الرأيين ، كما استعرضناهما فى فرنسا •

٦٣ — الرأى الذى ينفى ملكية الدولة للشيء العام فى مصر :

كان الرأى السائد فى عهد التقنين المدنى السابق هو ، كما قدمنا ، الرأى الذى ينفى ملكية الدولة للشيء العام ، ويكيف حق الدولة بأنه ولاية اشراف وحفظ وصيانة دون أن يكون حق ملكية •

---

(١) محمد زهير جرانة ص ٩١ . وانظر هوريو فى موجز القانون الادارى طبعة ١١ ص ٦٣٨ وما بعدها — رسالة ريجو فى الحقوق العينية الادارية ص ٢٤٩ وما بعدها .

فمن الفقهاء الذين ذهبوا الى هذا الرأى الأستاذ أحمد فتحى زغلول ، فهو يقول ان الحكومة تضع يدها على الشىء العام بصفتها حارسة لا بصفتها مالكة (١) • ويقول الأستاذ محمد كامل مرسى : « الأموال العامة هى الأموال المخصصة للمنافع العامة ، وهى فى يد الحكومه بصفتها حارسه عليها ، لا بصفتها مالكة لهـا ، إما ملكيتها فللأمة » (٢) • وبهذا الرأى أخذ أيضا اكثر فقهاء القانون الادارى فى مصر ، ومنهم الاستاذ Lamba (٣) والاستاذ مصطفى الصادق (٤) والأستاذ محمد عبد الله العربى (٥) •

وتأثر القضاء بالفقه • فقضى فى كثير من أحكامه بأن حق الدولة فى الشىء العام ليس بحق ملكية بل هو ولاية اشراف وحفظ وصيانة • وقررت محكمة المنصورة الكلية أن « طبيعة حق ملكية الحكومة للمنافع العامة تخالف طبيعة ملكية الأفراد ، اذ أن حق الملكية ، الذى يتكون من ثلاثة عناصر هى حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف ، لا تتوافر عناصره هذه فى حق ملكية الحكومة للمنافع العامة • فأما حق الاستعمال فلا تملكه الدولة بل يملكه عموم الناس حتى الأجانب ؛ وحق الاستغلال غير موجود لأن هذه الأموال فى الغالب لا تنتج ثمارا ، وحق التصرف ليس له محل لأن الاستعمال العام الذى تخضع له هذه الأموال يجعلها غير قابلة لأن تنتقل الى أياد أخرى ، حتى لقد

---

(١) احمد فتحى زغلول فى شرح القانون المدنى سنة ١٩١٣ ص ٤٩ •

(٢) محمد كامل مرسى فى الملكية والحقوق العينية طبعة ثالثة سنة ١٩٣٣ الجزء الأول فقرة ١٠١ ص ١٠٣ — وانظر أيضا مقاله فى الأموال الخاصة والعامة فى القانون المصرى فى مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة ص ٦٧٥ فقرة ٢ •

(٣) لامبا فى القانون الادارى المصرى ص ٤٥٣ وص ٤٥٦ •

(٤) مصطفى الصادق فى مبادىء القانون الادارى المصرى والمقارن ص ٢٠٨ •

(٥) محمد عبد الله العربى فى مبادىء علم المالية والتشريع المالى ٢ سنة ١٩٣٨ ص ١٩٠ ، ومذكراته فى القانون الادارى سنة ١٩٣٦ — سنة ١٩٣٧ فى تقسيم أموال الأشخاص الادارية الى اموال عامة وأموال خاصة •

ذهب بعض الشراح الى مدى أبعد من هذا فقالوا بأن الدولة ليس لها على الأملاك العامه ملكية حقيقية ، بل لها عليهـا فرع من الولاية أو الاشراف وواجب الحفظ والمراقبة والادارة » (١) • واكثر القضـاء المختلط ينحو هذا النحو أيضا . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة منذ البداية بأن أموال الدولة العامة لا يجوز وضعها تحت الحراسة ، لأنها أموال لا تستند الى حق الملكية كأموال الدولة الخاصـة ، ولكنها تستند الى سلطان الدولة اذ هى مخصصة لسد حاجات الدولة والمنفعه العامة (٢) . وقضت أيضـا بأن ليس لأحد ، ولا للدولة . على الدومين العام حق الملكية الذى عرفته المادة ٢٧ مدنى ؛ وليس للدولة على هذا الدومين سـوى ضرب من الحيازة تباشره باسـم النـاس جميعـا ولمصلحتهم (٣) • وقضت كذلك بأن ليس للدولة أن تنتفع بمالها العام حتى فى حالة حيازة الغير له حيازة غير مشروعة ، فلا يجوز أن تطالب فى دعوى اسـتحقاق جزء من المـال العام بتعويض عن حيـازته غير المشروعة (٤) •

٦٤ — الرأى الذى يثبت ملكية الدولة للشىء العام فى مصر :

على أنه بالرغم من أن الرأى الذى ينفى ملكية الدولة للشىء العام

---

(١) المنصورة الكلية الوطنية ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحـاماة ٢٠ رقم ٤٦ ص ١٠٦ — وانظر ايضـا اسيوط الجزئية ٨ يوليه سـنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٨٩ ص ٧٥٤ .

(٢) استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسـمية المختلطة ٢ ص ١٢٥ .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٥ .

(٤) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ — ومع ذلك انظر استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦ وقـد اقـرت مبدأ التعويض على عكس الحكم المتقدم ، ولكن المحكمة فى حكم ثالث لم تقل ان التعويض هو مقابل ما فات الدولة من عدم الانتفاع ، بل انه جزاء لابد منه لمنع اعتداءات الأفراد على الأموال العـامة ، فهو اقرب الى العقـوبة الرادعة منه الى التعويض الحقيقى (استئناف مختلط اول يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٩) .

كان هو الرأى السائد فى عهد التقنين المدنى السابق ، الا أن فريقا من الفقهاء وبعض المحاكم أخذت بالرأى المضـــاد ، وذهبت الى اثبات حق الملكية للدولة فى الشىء العام •

فالأستاذ وحيد رأفت يقول فى مؤلفه فى القانون الادارى : « ان حق الدولة على الدومين العام أكبر من أن يكون مجرد اشراف ورقابة •• انه قد آن لمحاكمنا أن تعدل عن هذه النظرية العتيقة ، وتأخذ بفكرة حق الملكية المقيد بقيام التخصيص • قد لا يكون لهذا التحول كبير أثر من الوجهة العملية ، ولكن له أهميته من الناحية الفقهية • ثم أليس فى تسمية الدومين العـــام فى النص العربى للمادة ٩ مدنى أهلى باســـم (الأملاك الأميرية) ما يفيـــد أن الدومين العـــام مملوك للحكـــومة كالدومين الخـــاص » (١) • ولكن الفقيـــه الذى برز فى هذا الميدان ، وخصص بحثا قيما فى « حق الدولة والأفراد على الأموال العامة » ، ألقاه دروسا فى قسم الدكتوراه ثم نشره فى كتـــاب مســـتقل فى ســـنة ١٩٤٣ ، هو الأســـتاذ محمد زهير جرانة (٢) • فقد عالج المســـألة فى استفاضة وتقصاها فى نواحيها المختلفة فى فرنســـا وفى مصر ، وخلص الى الجزم بأن حق الدولة والأشخاص الادارية الأخرى فى الأشياء العـــامة انمـــا هو حق ملكية حقيقية ، لا مجـــرد ولاية اشراف وحفظ وصيانة • ويسوق رأيه الحجج الآتية :

١ — أن حق الملكية يقوم فى الواقع على ركنين ، حيـــازة الشىء ومكنة صاحبه من تعيين المنتفعين به ، فاذا ما أراد الاحتفاظ بهذا النفع لشخصه كنا بصدد ملكية فردية ، واذا ما جعل هذا الانتفاع لغيره مع الاحتفاظ بحيازته للشىء لم تزل بذلك عنه ملكيته له وان استحالت فى هذه الحالة الى ملكية اجتماعية ، وهذا النوع من الملكية هو الذى للدولة

---

(١) وحيد رأفت فى القانون الادارى جزء ٢ ص ١٠٢٢ •

(٢) وهذا الكتاب هو الذى نشير اليه فى خلال هذا البحث •

على أموالها العامة (١) •

٢ — يعتمد منكرو حق ملكية الدولة للشىء العام على عدم توافر العناصر المألوفة فى الملكية من استعمال المالك لماله واستثماره والتصرف فيه • وليست الملكية جماعا لازما لهذه العناصر الثلاثة • ومع ذلك فانه عند التدقيق يتبين ، خلافا لما يقال ، أن الحكومة تملك فعلا هذه العناصر الثلاثة فى ملكيتها للشىء العام • ففيما يتعلق بحق التصرف تقول المادة ٩ مدنى أهلى ان « للحكومة دون غيرها التصرف فيها (أى فى الأموال العامة) ، بمقتضى قانون أو أمر » ، وهذا النص صريح فى أن المشرع لم يرد أن يسد المنافذ أمام الادارة فى التصرف فى المال العام ،وانما اشترط فى ذلك شكلا خاصا تتعين مراعاته ليصح حق التصرف • فللادارة أن تتصرف فى المال العام بأن تنقله من حظيرة المنافع العامة الى دائرة الأموال الخاصة ، هذا الى ضروب أخرى من التصرف يختص بها القانون الادارى • وفيما يتعلق بالاستثمار ليس ثمة تعارض بين الانتفاع بثمار المال العام وبين تخصيصه للمنفعة العامة ، فجنى الثمار الطبيعيه للأشجار القائمة على جوانب الطرق العامة مثلا لا يتنافى مع المنفعة العامة التى رصدت لها هذه الطرق ، وما يقال عن الثمار الطبيعية يقال عن الثمار المدنية ، والسكك الحديدية وخطوط التلغرافات والتليفونات تأتى للدولة بربح وفير • بقى حق الاستعمال ، ولا يجوز القول بأن الشخص الادارى لا يستعمل ماله العام ، واذا كان تخصيص المال للمنفعة العامة يجعل استعماله مباحا للكافة فان هذا لا يحرم الشخص الادارى استعماله هو الآخر لهذا المال ، بل هناك من الأموال العامة ما لا يقل نصيب الشخص الادارى فى استعمالها عن نصيب سائر الأشخاص كدور الوزارات والمصالح العامة •

---

(١) يشير الاستاذ جرانة فى ذلك الى رسالة دى لوبادير ص ٢١٦ وما بعدها •

٣ — ولا يصح القول بأن عدم جواز التصرف فى الشىء العــام وعدم جواز الحجز عليه وعدم جواز تملكه بالتقادم من شأنه أن يسقط عن المال العام صفة المملوكية ، فمرتبات الموظفين مثلا لا يجوز التنازل عنها ولا الحجز عليها . وكذلك الملكية الزراعية الصغيرة لا يجوز الحجز عليها ، ولم يقل أحد ان المرتبات غير مملوكة للموظين أو ان الأطيــان الزراعية غير مملوكة لأصحابها .

٤ — ليس هنــاك ما يدل على أن المشرع المصرى أراد أن ينفى صفة المملوكية عن الاموال ، بل ان نعته الأموال العامة بعبارة « الأملاك الميرية المخصصة للمنفعة العمومية » أو « أملاك الحكومة العامة » أو « الأملاك العمومية » نيدل على أنه لا يرى نزع هذه الصفة عن الأموال العــــامة .

٥ — التسليم بأن الدولة اذا أحالت المال العام مالا خاصا تملكته معناه أن توافر الملك أو انتفاءه رهن بمشــيئتها . فاذا لوحظ أن أموال الدولة العامة وأموالها الخاصة تضمها جميعا حظيرة مشتركة ، تبين أن هذه القدرة التى للشخص الادارى على جعل ماله مالا عاما أو خاصا لا يفسرها الا أنه مالك للمال فى الحالتين (١) .

وهناك أحكام أصدرها القضاء المصرى تثبت للدولة حق الملكية فى الشىء العام . فقد جاء فى حكم لمحكمة استئناف مصر : « وحيث انه فيما يختص بالملكية فان الحكومة تملك تلك الطرق العامة ملكا صحيحا لأنها تمثل المصلحة العــامة التى وجدت هذه الطرق لخدمتهــا . ولأن الحكومة تملك المنفعة أيضــا لأن لهــا حق تأجير ما تريده من أفاريز الشارع . أما العنصر الثــالث وهو التصرف فى الملكية فقــد نص فى القانون على أن الحكومة لها أن تخرج أى طريق خصص للمنفعة العامة

---

(١) يشير الأستاذ جرانة فى هذا الصدد الى هوريو فى القانون الادارى طبعة ١١ ص ٦٤٥ بالهامش ، والى جانس فقرة ٢٦٥ ص ١٦٣ .

من هذه المنفعـة الى الملك الخاص » (١) • وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تجريد المال العام من صفته العامة انما هو استعمال من الدولة لحق ملكيتها فى الشىء العام اذ هى تتصرف فيه ، وليس لهذا التجريد من أثر قانونى الا نقل المال العام الى مال خاص للدولة ، فتستبقى الدولة بذلك ملكيتها له (٢) • وقضت أيضا بملكية الحكومة للأراضى المكونة لساحل البحر (٣) ، وأكدت هذا المعنى فى حكم آخر (٤) • وقضت بجواز أن ترفع الادارة دعوى بتثبيت ملكيتها لعقار مخصص للمنفعة العامة (٥) •

٦٥ — بعد صدور التقنين المدنى الجديد — للدولة حق الملكية فى الشىء العام :

لا شك فى أن مشروع التقنين المدنى الجديد كان صريحا فى أن للشخص المعنوى العام حق الملكية فى الشىء العام ، فقد رأينا أن مشروع المادة ٨٧ مدنى كان يجرى على الوجه الآتى : « تعتبر أموالا عامة العقارات المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة •• » (٦) • فكان هذا النص يحمل دليلين على مملوكية الشىء العام للدولة :

١ — دليلا صريحا هو عبارة « المملوكة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة » التى وصفت بها الأموال العامة •

٢ — دليلا آخر يستخلص من تعدد الدومين العام ؛ فما دام الدومين العام يمكن أن يكون للدولة كما يمكن أن يكون للأشخاص المعنوية العامة الأخرى ؛ كما جاء صراحة فى النص ، فمعنى ذلك أن الدومين العام مملوك للشخص الادارى الذى يتبعه ، اذ لو لم يكن

---

(١) استئناف مصر ٤ مارس سنة ١٩٣٩ فى القضية رقم ٥٧٢ استئناف سنة ٥٥ قضائية — ومشار اليه فى محمد زهير جرانة ص ١١٨ هامش ١ •
(٢) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٨ •
(٣) استئناف مختلط ٨ يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٨ •
(٤) استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٦ •
(٥) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٠ •
(٦) انظر آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش •

مملوكا له لما تعدد الدومين العام ولما أمكن أن يكون لكل من الأشخاص المعنوية العامة المتعددة دومين عام يتبعه خاصة ، ولوجب ارجاع كل الدومين العام الى اشراف الدولة وحدها دون غيرها من الأشخاص المعنوى الأخرى ، وسنعود الى هذه المسألة فيما يلى ببيان أوفى (١) .

ولما عرض النص سالف الذكر على لجنة المراجعة ، لم تنتبه الا الى الدليل الأول الصريح ، فحذفت كلمة « المملوكة » « تجنبا للأخذ برأى قاطع فى هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال » (٢) . واستقر النص أخيرا فى التقنين المدنى الجديد على الوجه الآتى : « تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية الأخرى ... » . ونرى من ذلك أن لجنة المراجعة قصدت ألا تقطع برأى فى مملوكية الشىء العام للشخص الادارى ، وآثرت أن تترك ذلك للفقه والقضاء .

وبعد صدور التقنين المدنى الجديد لم يتناول المسألة الا عدد قليل من الفقهاء . فالأستاذ محمد كامل مرسى ، وكان رأيه فى عهد التقنين المدنى السابق هو كما رأينا أن الأشياء العامة « هى فى يد الحكومة بصفتها حارسة عليها لا بصفتها مالكة لها ، أما ملكيتها فللأمة » (٣) ، نراه فى عهد التقنين المدنى الجديد يميل الى الأخذ بالرأى الآخر . فهو بعد أن يستعرض الرأيين فى فرنسا ينتهى الى تأييد الرأى القائل بأن حق الدولة هو حق ملكية ، اذ يقول : « وهناك أمثلة كثيرة فى القانون يؤخذ منها ان حق الدولة حق ملكية : (أ) ، فالمحاكم تقرر لمصلحة الدولة (أو الأشخاص الاعتبارية العامة) وجود دعوى استحقاق حقيقية . (ب) للدولة الحق فى رفع دعاوى الحيازة لمنع التعدى الذى يحصل على متعلقات الملك العام . (جـ) للدولة حق

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٧٢ .
(٢) انظر آنفا فقرة ٤٤ فى الهامش .
(٣) انظر آنفا فقرة ٦٣ .

منح امتيازات فى الأملاك العامة ، كاجارة الشواطىء لوضع أكواخ خشبية للاستحمام • (د) الحاصلات الطبيعية التى تنمو فى الطرق والأشجار ملك خاص للدولة الخ • وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قضت بأن ليس للحكومة أن تنتفع من ملكها العام ، حتى فى حالة وضع اليد غير المرخص به ، بأن تطالب فى دعوى الاستحقاق المرفوعة فى شأن جزء من الملك العام بتعويض مقابل الحيازة غير المرخص بها • ولكن يظهر أنها عدلت عن ذلك ، اذ قضت بأن للحكومة طلب تعويض مقابل حيازة العقار ، فلمصلحة السكك الحديدية الحق فى طلب تعويض ممن يزرع الخندق الممتد بجوار شريط السكة الحديدية » (١) •

ويلاحظ أن الأستاذ محمد كامل مرسى فى الحجج التى استند اليها فى القول بحق ملكية الدولة لم يورد حجة ترجع الى التقنين المدنى الجديد ، بل ان كل الحجج التى أوردها كانت حججا سائغة فى عهد التقنين المدنى السابق ، فهو اذن ، بعد أن ترك التقنين المدنى الجديد الباب مفتوحا فيما رأينا للقول برأى أو بآخر ، أعاد النظر فى رأيه الأول وانتهى الى تأييد الرأى القائل بملكية الدولة للشىء العام على النحو الذى رأيناه • أما الأستاذ سليمان مرقس فيرجح ملكية الدولة للشىء العام ، ويستند فى ذلك الى حجة يستمدها من التقنين المدنى الجديد اذ سمى هذا التقنين الشىء العام بالمال العام ، ناظرا فى ذلك الى ما ترتب للدولة من حق ملكية فى الشىء العام فجازت تسميته مالا • وهو يقول فى هذا الصدد : « وقد ثار الجدل فى طبيعة حق الأشخاص المعنوية العامة على الأشياء المخصصة للمنفعة العامة ، أهو حق ملكية بمعنى الكلمة أم هو فقط ولاية اشراف وحفظ وصيانة ؟ والراجح فى هذا الشأن أن الأشخاص المعنوية العامة تملك الأشياء المخصصة للمنفعة العامة ملكية مقيدة بتخصيصها للمنفعة العامة ، كما يستفاد

---

(١) محمد كامل مرسى ١ طبعة ثانية فقرة ١١٤ ص ١٣٢ — ص ١٣٤ •

ذلك من عبارة المادة ٨٧ مدنى جديد ، ولذلك جازت تسمية هذه الأشياء أموالا عامة باعتبار حق الملكية المترتب عليها للأشخاص المعنوية العامة (١) » • فاذا أضفنا الى هذين الفقيهين من كان يقول بملكية الدولة فى عهد التقنين المدنى السابق — الأستاذ وحيد رأفت والأستاذ محمد زهير جرانة — خلص لنا أن فكرة ملكية الدولة قد أخذت مكانها فى الفقه المصرى وبدأت تستقر فيه •

غير أن فقيها مصريا — الأستاذ محمد على عرفه — وهو ممن كتبوا فى عهد التقنين المدنى الجديد ، لم يأخذ بهذه الفكرة ، بل أخذ بالفكرة الأخرى وهى قصر حق الدولة على ولاية الاشراف والحفظ والصيانة ، ويقول (٢) فى تأييد فكرته ان عناصر الملكية كما وردت فى المادة ٨٠٢ مدنى هى الاستعمال والاستغلال والتصرف ، فأيما حق ليس من طبيعته أن يستجمع هذه العناصر الثلاثة فانه لا يعد من قبيل الملكية • واسقاط عناصر الملكية الثلاثة فى مجال الأموال العامة هو الأصل الثابت لها بحكم تخصيصها للمنفعة العامة ، وهذا الأصل يتعارض مع جوهر حق الملكية وما ينبغى أن يتوافر له من مقومات • فالتخصيص للمنفعة العامة هو فى ذاته الذى يتعارض مع جوهر الملكية ، ومن ثم يؤدى الى انكار ملكية الدولة للأموال العامة (٣) •

---

(١) سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية طبعة ثانية سنة ١٩٥٢ فقرة ٢٩١ ص ٤٥٢ — ٤٥٣ •

(٢) محمد على عرفة فقرة ١٢٣ •

(٣) ويقول الأستاذ محمد على عرفة : « وابلغ من ذلك فى الدلالة على تأييد لوجهة نظرنا ان المادة ١١٩ من المشروع التمهيدى كانت تنص على ان تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات المملوكة للدولة او للأشخاص المعنوية العامة ، فلما تليت المادة فى لجنة المراجعة حذفت كلمة (المملوكة) منها تجنبا للأخذ برأى قاطع فى هل الأموال العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال • فلو أن المشرع أراد ان يقطع بملكية الدولة لهذه الأموال ، وهو الرأى الذى اتجه اليه الفقه الادارى الحديث ، لما اقدم على حذف هذه الكلمة ، وفى حذفه اياها دليل على عدم اقتناعه بوجاهة هذا الرأى » (محمد على عرفة فقرة ١٢٣ ص ١٥١) •

والقول بأن الدولة حارسة على الأموال العامة لا مالكة لها لا يحـول دون امتداد الحماية التى أسبغت على الأموال العامة الى الأموال التى تخصصها الأشخاص الاعتبارية العامة للنفع العـام ، كما أنه لا يمنع من تملك الدولة لثمار تلك الأموال وحاصلاتها (١) ، ولا ينفى أخيرا عن الدولة حقها فى الدفاع عن الأموال العامة بدعاوى وضع اليد أو بغيرها من الدعاوى (٢) .

---

(١) ويقول الأستاذ محمد على عرفة فى هذا الصـدد : « والحق أن تملك الدولة لثمار حاصلات الأموال العامة ليس محل خلاف ، ولكننا لا نرى فيه اثرا من آثار ملكية الدولة للأموال العامة ذاتها ، بل ان انكار مملوكية المال العام لا يسـتتبع حتما انكار مملوكية الدولة لثماره وحاصـلاته . فانما دعا الى نفى الملك عن المال العـام تخصيصه للمنفعة العامة ، وهذه صفة لا تتوافر فيما قد ينتجه من ثمار وحاصلات . اما السـبب فى تملك الدولة بالذات لهذه الثمار الحاصلات فهو كونها صاحبة الولاية العامة على الأموال العامة ، وتاسيسا على ذلك تكون هى وحدها صاحبة الحق فى تحصـيل ثمار وحاصلات هذه الأموال « محمد على عرفة فقرة ١٢٥ ص ١٥٤ » .

والقول بان تملك الدولة للثمار مؤسس على عدم تخصيصها للمنفعة العامة ، وعلى أن الدولة هى صاحبة الولاية على الأموال العـامة ، غير مجد . فعدم تخصـيص الثمار للمنفعة العـامة لا يفيد الا انها تقبل التملك الخاص ، ولكن من يتملكها ؟ ليس هو صاحب الولاية العامة ، بل هو مالك الأصل الذى انتج الثمار ، فاذا تملكتها الدولة كانت هى مالكة الأصـل أى مالكة للمال العام نفسه .

(٢) ويقول الأستاذ محمد على عرفة فى هـذا الصـدد : « وليس من العسير تبرير حق التجاء الدولة والأشخاص الادارية الاقليمية الى دعاوى وضع اليد ، فان الالتجاء الى هذه الدعاوى غير قاصر ، كمـا نعلم ، على الملاك ، بل ان الغاية منها هى حماية الحيازة لذاتها ، وحيازة الأموال العامة ثابتة للدولة . اما الالتجاء لدعاوى الاسـتحقاق فى سبيل حمـاية الأموال العـامة ، فهـو الذى يعتمد عليه انصـار المملوكية لتدعـيم وجهـة نظرهم . والواقع أن الدعاوى التى ترفعها الجهة الادارية على مغتصب المال العـام ليسـت من قبيل دعاوى الاستحقاق المألوفة فى نطاق القانـون الخاص . فدعوى الاستحقاق المدنية ترتكز على اثبات الملكية لرافعهـا ، اما الدعاوى التى ترفعها الجهـة الادارية على مغتصب المال العام فترتكز على اثبات التخصيص للمنفعة العامة وما يستتبعه من عدم جواز اكتسـاب ملكية هذا المال بالتقادم . وآية ذلك انه فى وسـع المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق المدنية أن يحبط سعى رافعها الى استرداد المـال المغتصب =

وقد قدمنا أن التقنين المدنى الجديد ترك الباب مفتوحا أمام الفقه والقضاء للأخذ بأحد الرأيين ، ولكن نص المادة ٨٧ مدنى يحمل مع ذلك أثر المشروع التمهيدى وما كان يذهب اليه هذا المشروع من حق الملكية للدولة ، وذلك فى ناحيتين :

١ — ما أشار اليه الأستاذ سليمان مرقس فيما قدمناه من تسمية النص للأشياء العامة « بالأموال العامة » باعتبار حق الملكية المترتب عليها للأشخاص المعنوية العامة (١) .

٢ — ايراد النص الدومين العام متعددا ، اذ يقول : « العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة » ، وما يحمله هذا التعدد من دلالة ملكية كل شخص ادارى للدومين العام الذى يتبعه (٢) .

واذا قلنا ان هذا لا يكفى للتدليل على ملكية الدولة للشىء العام أمام ما ظهر بوضوح فى لجنة المراجعة ، بعد حذف لفظ « المملوكة » ، من أن المقصود بهذا الحذف تجنب « الأخذ برأى قاطع فى هل الأموال

= بالاحتجاج بتملك هذا المال بالتقادم ، وهو دفاع غير مقبول من مغتصب المال العام » (محمد على عرفة فقرة ١٢٦ ص ١٥٥) .

وظاهر ان هذا القول لا يكفى لتنفيد حق ملكية الدولة ، اذ الدولة لا تحوز الأموال العامة الا لأنها مالكة لها . ولو كانت حيازة الدولة فرعا عن سيادتها لا عن ملكيتها ، لكانت الحيازة حيازة سيادة لا حيازة ملكية ، وحيازة السيادة ليست فى حاجة الى دعاوى وضع اليد ولم توجد هذه الدعاوى لهذا الضرب من الحيازة . ثم ان الدولة اذا رفعت دعوى الاستحقاق فانما ترفعها باعتبارها مالكة ، ولا جدوى من القول بأنها تدفع دعوى الاستحقاق لأن المال لا يقبل التملك بالتقادم . فالدولة تستطيع أن ترفع دعوى الاستحقاق حتى قبل اكتمال مدة التقادم ، حيث لا تثار مسألة التقادم أصلا . وكل ما لعدم قابلية المال العام للتملك بالتقادم من أثر ، هو ان الدولة تستطيع رفع دعوى الاستحقاق قبل اكتمال مدة التقادم وبعد اكتمالها ، وهى فى الحالتين انما ترفع دعوى الاستحقاق ، مستندة الى ملكيتها لا الى سيادتها .

(١) انظر آنفا نفس الفقرة .

(٢) انظر آنفا نفس الفقرة .

العامة مملوكة للدولة أو أن الدولة حارسة على هذه الأموال » ، فان كل ما يفهم من حذف لفظ «المملوكة » هو تجنب المشرع لأن يكـون الأخذ بأحد الرأيين أمرا يحتمه التشريع ذاته • وهذا لا يمنع من القول بملكية الدولة للأشياء العامة ، فى ظل التقنين المدنى الجديد ، لا استنادا الى نص التشريع ، ولكن أخذا بالاعتبارات القانونية السليمة • وفى نظرنا أن هذه الاعتبـارات تقضى بأن الأصـل أن يكون لكـل شىء مالك ؛ ولا يستثنى من ذلك الا الأشياء التى لا تقبل بطبيعتها التملك كالهواء والبحر ، وهذه الأشياء لا شأن لنا بها هنا • أما الأشـــياء التى تقبل التملك بطبيعتها ، فهى ما لم تكن أشياء متروكة أو منقولا لا مالك له . وهذا وتلك غير الشىء العام ، لابد لها من مالك • صـحيح أن الوقف لا مالك له ، ولكن الوقف نظام اسلامى خاص تنسب فيه ملكيـة المال الموقوف الى الله تعالى ، وبديهى أنه لا يصـح قياس المال العـام على المال الموقوف • وحتى العقار المباح ، تنسب ملكيتـه فى النهـاية الى الدولة • بقى بعد كل ذلك الشىء العام ، وهذا أيضا لابد له من مالك • فان قيل ان « الأمة » هى المالكة للشىء العـام ، كمـا قيل ذلك فعلا ، « فالأمة » قد تكون تعبيرا اجتماعيا أو تعبيرا سياسيا ، ولكنها ليست بتعبير قانونى • والذى يمثل الأمة فى القانون هو الدولة ، فلا مناص اذن ، اذا أريد القول بأن الشىء العـام مملوك للأمة ، من القول بأنه مملوك للدولة • ومن ثم تكون الدولة ، وهى المهيمنة على المصالح العامة للأمة ، وهى التى تتمثل فيها الأمة من الناحية القانونية ، هى المالكـة للأشياء العامة • ولا ضـير من القول بذلك ، مادمنا نقول ان ملكيـة الدولة للشىء العام هى ملكية مقيدة بتخصـيص هذا الشىء للمنفعـة العامة ، فيرد على هذه الملكية من القيود ما يقتضيه هذا التخصيص • فاذا زال تخصيص الشىء للمنفعة العامة ، عاد الشىء مملـوكا للدولة ملكية خاصة ، وزالت القيود التى كان التخصـيص يقتضـيها • وهذا التكييف فى نظرنا هو الذى يسـتقيم فى تحليل طبيعة حق الدولة على الشىء العام ، وهو وحده الذى يمليه المنطق القانونى السليم •

٤ — الأحكام التى تخضع لها الأشياء العامة

٦٦ — الأشخاص العامة تخضع للأحكام التى تتفق مع طبيعة حق الأشخاص الادارية فيها :

قدمنا أن حق الشخص الادارى فى الشىء العام هو حق ملكية ، ولكنه حق مقيد بتخصيص الشىء للمنفعة العامة . ولذلك سمى بحق ملكية ادارية . فالأحكام التى تخضع لها الأشياء العامة هى التى يقتضيها حق الملكية الادارية هذا [1] ، ومن هذه الأحكام ما يترتب على أن حق الشخص الادارى هو حق ملكية ، ومنها ما يترتب على أن حق الملكية هذا هو حق مقيد .

(أ) حق الشخص الادارى هو حق ملكية :

٦٧ — ما يترتب من الأحكام على أن حق الشخص الادارى هو حق ملكية :

---

(١) ويترتب على ذلك مبدئيا ان للدولة حق التصرف فى الشىء العام بما تقتضيه المنفعة العامة ، ومع مراعاة حقوق الأفراد . وقد قضت محكمة النقض بأن ليس للملاك من الحقوق المكتسبة الا ما تقرره لهم القوانين ، فان كان ملكهم واقعا على شوارع عامة ، فمدى حقهم منحصر فى تمكينهم من الوصول اليه بمطلق الحرية وفى تمتيعهم بما هو ضرورى من النور والهواء . أما الجهة الحكومية القوامة على الشوارع العامة ، فان حقها فى تعديلها وفى الغائها هو حق أصيل ثابت لها ، تأخذ به كلما ارادت ، على شرط واحد هو أن تمكن أولئك الملاك من حقهم المنحصر فيما تقدم وهو الوصول الى ملكهم بمطلق الحرية وتمتيعهم بما هو ضرورى من النور والهواء . فاذا كان الثابت بالحكم ان ملك الطاعنة — الذى كان محوطا بثلاثة شوارع نافذة — باق على أصل وضعه وما يحيط به من الشوارع ، وكل ما فى الأمر أن المجلس البلدى اتى للركن البحرى الغربى من هذا الملك فسد الشارع الواقع غالبيته بمحاذاة الحد البحرى له ، فهذا الذى اثبته الحكم فى الموضوع — مما لا رقابة فيه لمحكمة النقض — لا يمكن تكييفه الا بأن المجلس البلدى أخذ بحقه الذى لا شبهة فيه ، ولم يكن لصاحب الملك اى حق قانونى يتعارض مع حقه هذا الذى اخذ به . ومتى كان الأمر كذلك ، فحكم القانون هو عدم اجابة صاحب الملك الى ما يطلبه من التعويض بدعوى أن تصرف المجلس قد الحق به ضررا (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٣ ص ٧٧٢ — وانظر آنفا فقرة ٥١) .

يترتب على أن حق الشـــخص الادارى هو حق ملكية ما يأتى :

١ — يكون للشخص الادارى الحق فى رفع دعوى الاســتحقاق لحماية ملكيته ، وفى رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته ٠

٢ — ويكون للشخص الادارى باعتباره مالكا ، أن يتملك الثمار والحاصلات التى ينتجها الشىء العام ٠

٣ — ويكون له أيضا ، باعتباره مالكا ، تملك الطمى وتملك الركاز المدفون ٠

٤ — ويكون له أخيرا حق التعويض ٠

٥ — وما دام كل شخص ادارى يملك الشىء العام الذى يتبعه ، فان الدومين العـــام يتعدد بتعدد الأشـــخاص الادارية التى تتبعها الأشياء العامة ٠

فهذه نتائج خمس تترتب على أن حق الشخص الادارى هو حق ملكية ، نبحثها على التعاقب ٠

٦٨ — دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة :

جرى الفقه والقضاء فى فرنسا على أن يكون للشخص الادارى ، حمـــاية لحق ملكيته فى الشىء العـــام وحماية لحيـــازته اياه ، دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة ، شأن الشخص الادارى العام فى ذلك شأن الأفراد ٠ فالملكية الادارية الثابتة للشـــخص الادارى فى الشىء العام هى اذن كالملكية العـــادية (الملكيـــة المدنية) تحميهـــا دعوى الاســـــتحقاق التى لا تعطى الا للمـــالك ، وتحمى حيازتهـــا دعاوى الحيازة ، وفى هذا دليل قاطع على أن حق الشخص الادارى فى الشىء العام انما هو حق ملكية صحيحة ٠

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ، غير مرة ، بأن للشـــخص الادارى أن يرفع دعوى الاســـتحقاق على مغتصب الشىء العـــام ،

يسترد بها الشىء المغتصب (١) . وقضت كذلك بأن للشخص الادارى أن يرفع دعاوى الحيازة ، يرد بها الاعتداء الواقع من الأفراد على حيازته للشىء العام (٢) .

وفى مصر أثبتت محكمة الاستئناف المختلطة للدولة حق رفع دعوى الاستحقاق ، وان أنكرت فى بادىء الأمر أن يكون للدولة حق التعويض عن الحيازة غير المشروعة . فقضت بأنه لا يحق للدولة أن تطالب ، فى دعوى الاستحقاق المرفوعة بشأن جزء من المال العام ، بتعويض عن حيازته غير المشروعة (٣) . ولكن ما لبثت المحكمة أن صححت هذا الخطأ . وأقرت مبدأ التعويض كما سنرى عند الكلام فى حق التعويض (٤) .

والشخص الادارى يجمع ، الى دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة وهى وسائل القانون الخاص فى حماية الملكية والحيازة ، وسائل القانون العام . فيحق له رفع الدعوى الجنائية على من يعتدى على المال العام ، وله أن يزيل آثار الاعتداء بالطرق الادارية (٥) .

٦٩ — تملك الثمار والحاصلات :

لا خلاف فى أن الشخص الادارى يملك ثمار الملك العام الذى يتبعه كما يملك حاصلاته (٦) . وتملكه لثمار الشىء العام وحاصلاته

---

(١) نقض فرنسى ١١ يولية سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ — ١ — ٣٩ — ٢ فبراير سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٣٠٦ — وانظر ايضا تعليقات Japeit فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ٢٥٩ وما بعدها وبخاصة ص ٢٦٤ — ص ٢٦٥ .

(٢) نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ٤١ — وانظر ايضا رسالة Viel من تولوز سنة ١٩٠٨ .

(٣) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ .

(٤) انظر ما يلى فقرة ٧١ — وانظر آنفا فقرة ٦٣ فى آخرها .

(٥) محمد زهير جرانة ص ١٠٥ .

(٦) هوريو فى موجز القانون الادارى طبعة ١١ ص ٦٤٠ وما بعدها — ريجو رسالته فى الحقوق العينية الادارية فقرة ٤ ص ٢٣ وما بعدها — مجلس الدولة الفرنسى ٢٤ فبراير سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٢ — ٣ — =

انما هو فرع عن تملكه للشيء العام نفسه ، فمالك الأصل هو الذي يملك ما ينتج عن هذا الأصل من ثمار وحاصلات • وهذا هو التعليل الصحيح لتملك الثمار والحاصلات ، وغيره من التعليلات لا يجدي •

فقد قيل مثلا ان الثمار والحاصلات ليست مخصصة للمنفعة العامة ، ومن ثم تكون قابلة للتملك الخاص ، فيملكها الشخص الاداري ملكية خاصه (١) • ولكن هذا التعليل لا يستقيم ، اذ مع التسليم بأن الثمار والحاصلات غير مخصصه للمنفعة العامة يبقى ان نعرف لماذا يتملكها الشخص الاداري بالذات ، وبأي سند يتملكها • والثمار والحاصلات ليست شيئا مستقلا وانما هي فرع عن أصل ، ولا يملكها الا من يملك الأصل ، فاذا كان الشخص الاداري هو الذي يملكها فلابد أن يكون مالكا للأصل ، أي مالكا للشيء العام ذاته •

وقيل أيضا أن تملك الشخص الاداري للثمار والحاصلات انما هو مقابل التكاليف التي يتحملها في سبيل حفظ الشيء العام وصيانته وادارته (٢) • وهذا القول لا سند له من القانون ، فليست هناك قاعدة تقضي بأن من يقوم بحفظ الشيء وصيانته وادارته يتملك في مقابل ذلك ثماره وحاصلاته • ولا تقوم هذه المقابلة الا بموجب اتفاق أو نص تشريعي ، أما القواعد العامة فتقضي بأن من يقوم بحفظ الشيء وادارته اذا استحق مقابلا أخذه ممن يكون ملزما به ، وتبقى الثمار والحاصلات ملكا لمن يملك الأصل •

وقيل أخيرا ان الشخص الاداري انما يتملك الثمار والحاصلات بموجب حيازته للشيء العام (٣) • وهذا القول أيضا يتعارض مع

= ٧٣ — ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٥ — ٣ — ١٧ وتعليق هوريو عليهما •

(١) ريسي في الدومين العام ٢ ص ١٧٧ — برتلمي في القانون الاداري طبعة ١١ ص ٤٨٣ — محمد كامل مرسي في مقاله فقرة ٨٠ •

(٢) برودون في الدومين العام جزء أول ص ٢٧٤ ، برتلمي في القانون الاداري طبعة ١١ ص ٤٩١ •

(٣) جانس فقرة ٢٧٢ ص ١٦٩ •

ما يقضى به القانون ، فالحائز انما يتملك الثمار اذا وضع يده على ملك غيره وهو حسن النية ، فيملك ما يجنيه من الثمار الى أن يصبح سيء النية أو الى ان يرفع المالك عليه الدعوى • ولا شيء من ذلك قائم فى الحالة التى نحن بصددها ، فالشخص الادارى فى حيازته للشيء العام لا يحوز ملك غيره ، ولن يتقدم مستحق للشيء العام يطالب باستحقاقه اياه حتى يحتج الشخص الادارى بحسن نيته لتملك الثمار التى قبضها • والصحيح أن الشخص الادارى هو المالك للشيء العام ، وأنه باعتباره مالكا — لا حائزا — يتملك لا الثمار فحسب ، بل أيضا المنتجات التى لا تجدى الحيازة فى تملكها •

٧٠ — تملك الطمى والركاز المدفون :

وقد استقر الفقه والقضاء فى فرنسا على أن طمى النهر أو الترعة الذى يتصل بطريق عام ملاصق للنهر أو الترعة يكون مملوكا للشخص الادارى الذى يتبعه هذا الطريق العام ، وذلك بموجب المادة ٥٥٦ مدنى فرنسى التى تقضى بأن يؤول الطمى للمالك المجاور • فالشخص الادارى ، بحكم ملكيته لطريق العام ، يملك طمى النهر (أو الترعة) الملاصق لهذا الطريق (١) •

كذلك يملك الشخص الادارى الركاز المدفون فى الشيء العام المملوك له ، باعتبار أن الملكية تشمل الأرض وما فوقها وما تحتها • وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بأن الفحم ، الذى يعثر عليه فى منطقة ميناء وهران الملتزمون بأشغال عامة فى المنطقة المذكورة ، يكون ملكا

---

(١) نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٢٢ سيريه ٢٣ — ١ — ٣٥ — ١٦ فبراير سنة ١٩٣٦ سيريه ٣٦ — ١ — ٤٠٥ — ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٧ — ١ — ٤٠٥ — هوريو فى موجز القانون الادارى طبعة ١١ ص ٦٤٠ وما بعدها — رسالة ريجو فى الحقوق العينية الادارية فقرة ٤ ص ٢٣ وما بعدها — برتلمى فى القانون الادارى طبعة ١١ ص ٤٨٣ — جانس فقرة ١٢٠ ص ٦٧ •

للدولة (١) .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٢ مدنى مصرى على أن « الكنز المدفون أو المخبوء ، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته » . وتطبيقا لهذا الحكم يكون الشخص الادارى فى مصر مالكا للكنز المدفون أو المخبوء فى ماله العام ، وذلك بموجب ملكيته للمال العام ، هذا الا اذا استطاع أحد أن يثبت ملكيته للكنز فيكون له (٢) .

٧١ — حق التعويض :

واذا اعتدى أحد على المال العام ، كان للشخص الادارى الذى يملكه مطالبة المعتدى بالتعويض ، وذلك استنادا الى ما للشخص الادارى من حق الملكية . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة ، كما قدمنا (٣) ، تتردد فى الحكم بالتعويض . فقضت فى بادىء الأمر بأن الدولة لا يحق لها أن تطالب بتعويض عن الحيازة غير المشروعة (٤) . ثم ما لبث أن قضت بتعويض على من زرع الخندق الممتد بجوار شريط السكة الحديدية ، وهو عالم بحالته وبوجه الانتفاع الظاهر به (٥) . ثم انتهت الى اقرار مبدأ التعويض (٦) ، ولكن لا كمقابل لما فات الدولة من منافع أموالها العامة ، بل كجزاء لابد منه لمنع اعتداء الأفراد على المال العام (٧) . ثم أطلقت حق الحكومة فى أن تعوض

---

(١) مجلس الدولة الفرنسى ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٥ — ٣ — ١٧ .

(٢) محمد زهير جرانة ص ٢١٣ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦٨ وفقرة ٦٣ فى آخرها .

(٤) استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٥١ .

(٥) استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨١ .

(٦) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٦ .

(٧) استئناف مختلط اول يونية سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٣٦ .

عن حيازة الغير لمالها العام (١) .

٧٢ — تعدد الدومين العام :

لما كان الشخص الاداري يملك ملكية صحيحة الشيء العام الذي يتبعه ، فانه يترتب على ذلك أن الدومين العام يتعدد بتعدد الأشخاص الادارية التي تملك أشياء عامة . فكل شخص اداري يملك أشياء عامة يكون له دومين عام يشتمل على هذه الأشياء ، فاذا تعددت الأشخاص الادارية التي تملك أشياء عامة ، كالدولة والأشخاص الادارية الاقليمية والأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، كان لكل شخص اداري منها دومين عام مستقل عن الدومين العام المملوك للشخص الآخر . ويترتب على تعدد الدومين العام (multiplicité du domaine public) أنه اذا أريد نقل الشيء العام من ذمة شخص اداري الى ذمة شخص اداري آخر ، كتحويل مستشفى تابع لاحدى البلديات الى الدولة أو تحويل مدرسة تابعة للدولة (وزارة التربية والتعليم) الى احدى البلديات ، وجب أولا أن يتم التراضي بين الشخصين الاداريين صاحبي الشأن ، ثم يكون للشخص الاداري الذي تجرد من ماله الحق في التعويض يتقاضاه من الشخص الاداري الذي أضيف اليه هذا المال ، وهذا ما يسمى بمبادلات الأموال العامة (mutations. domanailes)

وفي الرأي الذي يقول بأن الشخص الاداري لا يملك المال العام ويقتصر حقه على ولاية اشراف وحفظ وصيانة ، تترتب نتائج هي عكس النتائج التي قدمناها . ذلك أن مجموعة الأموال العامة ، سواء ما كان منها تابعا للدولة أو ما كان تابعا لأشخاص ادارية أخرى ، تعتبر في هذا الرأي الثاني وحدة شاملة تبسط عليها الدولة ولايتها ، ولا يكون للأشخاص الادارية الأخرى حق ذاتي في هذه الأموال ، ويقتصر الأمر بالنسبة اليها على مباشرتها اختصاصات معينة يقررها

---

(١) استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٩ — وانظر في كل ذلك محمد زهير جرانة ص ١٢١ — ص ١٢٢ .

التشريع الادارى ، ومن ثم تكون مجموعة الأموال العامة خاضعة فى حراستها وصيانتها لولاية الدولة واختصاصات الأشخاص الادارية الأخرى ، ولا يكون هناك تعدد للدومين العام ، بل يحل محل هذا التعدد وحدة الدومين العام (unité du domaine public). فاذا أريد نقل شىء عام من تبعية الدولة الى تبعية شخص ادارى آخر ، أو من تبعية شخص ادارى الى تبعية الدولة أو الى تبعية شخص ادارى آخر ، فان هذا لا يقتضى التراضى بين الدولة والشخص الادارى الاخر أو بين الشخصين الاداريين ، بل يكفى صدور أمر ادارى من الدولة لاجراء هذا النقل ، ولا محل لتعويض الشخص الادارى أو تعويض الدولة عن الحرمان من الانتفاع بالمال العام .

وفى قضية فرنسية مشهورة عرض الأمر على كل من محكمة النقض الفرنسية ومجلس الدولة الفرنسى ، فأخذت محكمة النقض بمبدأ وحدة الدومين العام ، فى حين أن مجلس الدولة أخذ بمبدأ تعدد الدومين العام (١) .

أما فى مصر فالواجب القول بتعدد الدومين العام وبترتيب نتائج هذا التعدد على النحو الذى بسطناه ، وذلك بصريح نص المادة ٨٧ مدنى على ما بينا (٢) ، واستنادا الى أن للشخص الادارى — الدولة أو غيرها من الاشخاص الادارية الاقليمية أو المصلحية — فى الأموال العامة التابعة له حق ملكية لا شك فيه (٣) .

---

(١) انظر نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٩ — ١ — ٢٥٧ وتعليق Sarrut — مجلس الدولة الفرنسى ١٦ يولية سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١١ — ٣ — ٧٥ تعليق هوريو على الحكم فى مجموعة القضاء الادارى جزء ٣ ص ٢١١ وما بعدها — وانظر فى تفاصيل القضية محمد زهير جرانة ص ٩٦ — ص ١٠١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٥ .

(٣) انظر فى تعدد الدومين العام محمد زهير جرانة ص ١٩٦ — ص ٢١٤ .

(ب) حق الشخص الادارى هو حق مقيد :

٧٣ — ما يترتب من الأحكام على أن حق الملكية الادارية هو حق مقيد :

قدمنا أن حق الملكية الذى للشخص الادارى فى المال العام هو مقيد بتخصيص الشىء للمنفعة العامة . ولذلك سمى بحق ملكية ادارية (١) ويترتب على أن حق الملكية الادارية هو حق مقيد ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٧ مدنى . فقد رأيناها تقول : « وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم » . ومن ثم تترتب النتائج الآتية :

١ — عدم جواز التصرف فى الشىء العام . لأن التصرف فيه يتنافى مع تخصيصه للمنفعة العامة .

٢ — عدم جواز الحجز على الشىء العام . لأن الحجز يؤدى الى بيع الشىء العام جبرا ، أى الى التصرف فيه . والتصرف ممنوع كما قدمنا .

٣ — عدم جواز تملك الشىء العام بالتقادم . لأن التملك بالتقادم كالتصرف يتنافى مع تخصيص الشىء العام للمنفعة العامة .

فهذه نتائج ثلاث نبحثها على التعاقب .

٧٤ — عدم جواز التصرف فى الشىء العام :

الشىء العام مملوك ملكية صحيحة للشخص الادارى الذى يتبعه هذا الشىء كما قدمنا ، ولكن لما كان الشىء مخصصا لمنفعة عامة فان مقتضى ذلك أنه لا يجوز للمالك — أى للشخص الادارى — أن يتصرف فى الشىء العام بما يتعارض مع المنفعة العامة التى خصص لها . فلا يجوز للشخص الادارى أن يبيع الشىء العام ، أو أن يهبه ، أو أن

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٦ .

يرهنه ، أو أن يجرى فيه أى تصرف آخر يتعارض مع تخصيصه ، فان هذه التصرفات من شأنها أن تزيل ملكية الشخص الادارى للشىء العام ، فلا يستطيع بعد ذلك متابعة تخصيصه للمنفعة العامة. واذا أراد الشخص الادارى أن يجرى مثل هذا التصرف، وجب عليه أولا تحويل الشىء العام الى شىء خاص بطريقة من طرق التحويل التى سنبينها فيما يلى (١) . وبعد تجريد الشىء من صفته العامة وصيرورته شيئا خاصا يمكن للادارة عندئذ أن تتصرف فيه كما تتصرف فى سائر أموالها الخاصة (٢) . اما اذا تصرفت الادارة فى الشىء العام مع احتفاظها بصفته العامة ، فان التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا ، لا ترد عليه الاجازة ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به . فيجوز اذن لمن تصرف اليه الشخص الادارى من الأفراد أن يتمسك بالبطلان . فمن يشترى شيئا عاما من الادارة ويدفع ثمنه يجوز له أن يتمسك ببطلان البيع وأن يسترد الثمن (٣) . وأهم من ذلك أن الشخص الادارى نفسه الذى صدر منه التصرف يجوز له — بل يجب عليه — أن يتمسك بالبطلان ، دعوى أو دفعا . فيرفع دعوى البطلان اذا كان قد سلم الشىء العام للمشترى ، ويدفع بالبطلان اذا كان لم يسلم الشىء وطالبه المشترى بالتسليم (٤) . ويجوز كذلك للشخص الادارى أن يلجأ الى دعوى الاستحقاق يسترد بها الشىء العام الذى سلمه للمشترى . فاذا ما تمسك هذا الأخير بالبيع دفعت الادارة

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٨٢ وما بعدها .

(٢) مجلس الدولة الفرنسى ٥ مايو سنة ١٩٢٢ مجموعة أحكام مجلس الدولة سنة ١٩٢٢ ص ٣٩٠ .

(٣) انظر مع ذلك رأيا يذهب الى انه ليس للمشترى أن يتمسك بالبطلان ، لأن البطلان انما شرع لمصلحة الشخص الادارى : جيز فى المبادىء العامة للقانون الادارى طبعة ثالثة جزء ٤ ص ٢٨ وما بعدها — محمد زهير جرانة ص ١٣٨ .

(٤) فاذا باعت الحكومة للملاك المجاورين للنهر أراضى تكونت من طمى هذا النهر ، وكانت هذه الاراضى بمقتضى موقعها ومستواها جزءا من الأملاك العامة ، كان البيع باطلا ، ولم يجز للحكومة تسليم هذه الأراضى للمشترين وعليها أن تدفع ببطلان البيع (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٥ — محمد كامل مرسى فى مقاله فقرة ٨٨ ص ٧٨٩) .

ببطلانه (١) • وفى جميع الأحوال تكون الادارة مسئولة عن هذا البيع الباطل نحو المشترى مسئولية تقصيرية (٢) ؛ ويجب عليها أولا أن ترد للمشترى الثمن ، وأن تدفع له تعويضا عما عسى أن يكون قد لحقه من الضرر •

على أنه يلاحظ أن عدم جواز التصرف انما يكون فى نطاق التصرفات التى تتنافى مع تخصيص الشىء للمنفعة العامة كما تقدمنا ، كالبيع والهبة والرهن وغيرها من التصرفات المدنية • وهناك أنواع أخرى من التصرفات تلائم الأموال العامة . وهذه غير ممنوعة لأنها لا تتعارض مع تخصيص الشىء للمنفعة العامة • من ذلك منح التزام بمرفق عام ، فهذا تصرف يرد على شىء عام . وهو جائز لملاءمته لطبيعة المرفق العام ، كذلك تجوز مبادلات الأموال العامة (mutations domainles) لأنها لا تتعارض مع تخصيص المال للمنفعة العامة . فيصح أن تتنزل الدولة لأحد الأشخاص الادارية الأخرى (المحافظة أو المدينة أو الجامعة أو دار الكتب أو غير ذلك) عن شىء عام فى مقابل تعويض تتقاضاه من هذا الشخص الادارى . كما يصح أن ينزل شخص ادارى

= وقد قضت محكمة النقض بانه متى كان العقد تناول التصرف فى أرض كانت قد اكتسبت صفة المال العام قبل صدوره فانه يكون باطلا بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام وفى هذه الحالة لا يعذر المشترى الحائز بجهله عيوب سنده (نقض مدنى ٢٧ ابريل ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٣٥ صفحة ٨٧٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن ثبوت صفة العمومية للمال بتخصيصه بالفعل لمنفعة عامة ينتفى معه حسن نية من يحوز المال بعد حصول هذا التخصيص اذ يمتنع عليه فى هذه الحالة التحدى بانه كان عند حيازته يجهل انه يعتدى على حق الغير لان هذا الجهل يكون ناشئا عن خطأ جسيم كما يشهد به الواقع من تخصيص المال الذى يحوزه للمنفعة العامة ومن ثم فلا تتوافر بهذا الجهل حسن النية لدى الحائز (نقض مدنى فى ٢٧ ابريل سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٣٥ صفحة ٨٧٩) .

(٢) نقض فرنسى ١١ فبراير سنة ١٩٧٨ سيريه ٧٩ — ١ — ١٩٦ — وفى راى تكون المسئولية تعاقدية (جرينوبل ١١ يناير سنة ١٨٦٥ داللوز ٢٩ — ٢ — ١٨) .

عن شىء عام يملكه للدولة فى مقابل تعويض • فهذه تصرفات تجرى فى الأموال العامة ، ولكنها تصرفات ادارية لا تصرفات مدنية . وهى تصرفات لا تتعارض مع تخصيص المال العام للمنفعة العامة ومن ثم يجوز اجراؤها (١) •

وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل أن تصرفات السلطة الادارية فى الاملاك العامة لانتفاع الافراد لا تكون الا بترخيص • والترخيص بطبيعته معين الأجل غير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دائما لدواعى المصلحة العامة الحق فى الغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله واعطاء الترخيص ورفضه والغائه والرجوع فيه كل أولئك اعمال ادارية يحكمها القانون العام ، واذ كان اداء المطعون ضده لمصلحة السكك الحديدية مقابلا لانتفاعه بالكشك الذى رخصت له باقامته لاينفى ان شغله له كان بموجب ترخيص وليس من شأنه ان ينزل العلاقة بين الطرفين منزلة التعاقد فان تصرف مصلحة السكك الحديدية بازالة هذا الكشك يتمحض أمرا اداريا يخطر على المحاكم ان تؤوله أو توقف تنفيذه عملا بنص المادة الخامسة عشرة من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ فى شأن السلطة القضائية ومن ثم فانه يتعين على المحكمة فى هذه الحالة أن تقبل الدفع بعدم اختصاصها ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون قد خالف القانون فى مسألة اختصاص متعلق بولاية المحاكم (٢) •

---

(١) وكثيرا ما يستغل الشخص الادارى الشىء العام فى صورة تراخيص يمنحها للأفراد فى مقابل عوض يتقاضاه . والترخيص بطبيعته موقت وغير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دائما ، لداعى المصلحة العامة ، الحق فى الغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٧) . كذلك هناك أموال عامة مخصصة للمنفعة العامة ، وهذا التخصيص فى ذاته يقتضى استغلال الدولة لها ، وذلك كالسكك الحديدية وخطوط التلغراف والتليفون ، فان تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة يكون فى صورة استغلال يعود عادة بربح وفير على الدولة .

(٢) نقض مدنى فى ٩ يونية سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ١٨٦ صفحة ١٣٤٦ .

كما قضت محكمة النقض بأن من المقرر فى قضاء محكمة النقض ، أن تصرف السلطة الادارية فى الأموال العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون الا على =

وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأن الترخيص للأفراد بالانتفاع بجزء من المال العام يختلف فى مداه وفيما يخوله للافراد من حقوق على المال العام بحسب ما اذا كان هذا الانتفاع عاديا أو غير عادى ، ويكون الانتفاع عاديا اذا كان متفقا مع الغرض الأصلى الذى خصص المال من أجله كما هو الشأن بالنسبة الى أراضى الجبانات واراضى الاسواق العامة وما يخصص من شاطىء البحر لاقامة الكبائن والشاليهات . ويكون الانتفاع غير عادى اذا لم يكن متفقا مع الغرض الأصلى الذى خصص له المال العام كالترخيص بشغل الطريق العام بالادارات والمهمات والاكشاك • ففى الانتفاع غير العادى يكون الترخيص على مجرد التسامح ويكون الاختصاص بمنحه عادة لجهات الشرطة . وتتمتع الادارة بالنسبة لهذا النوع من الانتفاع بسلطة تقديرية واسعة فيكون لها الغاء الترخيص فى أى وقت بحسب ما تراه متفقا مع المصلحة العامة باعتبار ان المال لم يخصص فى الأصل لمثل هذا النوع من الانتفاع وان الترخيص باستعماله على خلاف هذا الأصل عارض وموقوت بطبيعته ومن ثم قابلا للالغاء أو التعديل فى أى وقت لدواعى المصلحة العامة • أما اذا كان المال قد اعد بطبيعته لينتفع به الأفراد انتفاعا خاصا بصفة مستقرة وبشروط معينة . فان الترخيص به يتم من الجهة الادارية المفوض بها الاشراف على المال العام ويصطبغ الترخيص فى هذه الحالة بصبغة العقد الادارى وتحكمه الشروط الواردة فيهوالقواعد القانونية التىتنظم هذا النوع من الانتفاع وهىترتب للمنتفع علىالمال العام حقوقا تختلف فى مداها وقوتها بحسب طبيعة الانتفاع وطبيعة المال المقررة عليه ، على انها

= سبيل الترخيص ، وهذا يعتبر بذاته ، وبطبيعته مؤقتا ، وغير ملزم للسلطة العامة التى لها دائما لداعى المصلحة العامة الحق فى الغائه ، والرجوع فيه قبل حلول اجله ، ثم هو — عدا ذلك — خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه ، واعطاء الترخيص ورفضه والرجوع فيه ، كل اولئك اعمال ادارية . يحكمها القانون العام ، وكون الترخيص يصرف مقابل رسم يدفع لا يخرجه من طبيعته تلك ، ولا يجعله عقد ايجار (نقض مدنى فى ١٤ مارس ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ٦٤ صفحة ٤٠٧) .

فى جملتها تتسم بطابع من الاستقرار فى نطاق المدة المحددة فى الترخيص . أما اذا لم تكن ثمه مدة محددة فان هذه الحقوق تبقى ما بقى المـــال مخصصا للنفع العـــام وبشـــرط ان يقـــوم المنتفع بالوفـــاء بالالتزامات الملقاة على عاتقه وتلتزم الادارة باحترام حقوق المرخص له فى الانتفاع. فلا لا يسوغ لها الغاء الترخيص كليا أو جزئيا طالما كان المنتفع قائما بتنفيذ التزاماته وذلك مالم تقم اعتبارات متعلقـــة بالمصلحة العـــامة تقتضى انهاء تخصيص المال لهذا النوع من الانتفاع ودون اخلال بما للجهة الادارية من حقوق فى اتخاذ الاجراءات التى تكفل صيانة الأمن والنظام ولو تعارض ذلك مع مصلحة المنتفعين (١) .

---

(١) ادارية عليا فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا السنة ١٢ صفحة ٢٨٢ .

كما قضت المحكمة الادارية العليا ايضا بان القصور التى كانت ملكا خاصة لاسرة الملكية فى مصر اصبحت بعد مصادرتها لمصلحة الشعب وايلولة ملكيتها للدولة من الاموال العامة وهى بهذه الصفة لا ترد عليها الاجاره التى يقتصر ورودها على المال المملوك ملكية خاصة ، والقصور المذكورة مخصصة بقوة القانون للمنفعة العامة للشعب ولا يجوز الانتفاع بها على أى وجه الا بموجب ترخيص من السلطة الادارية العامة صاحبة الولاية قانونا فى اصدار تراخيص الانتفاع بهذه القصور ويسرى ذلك على عقود الايجار التى صدرت لبعض الافراد ومنهم المدعية للانتفاع بجزء من مبنى المطابخ الملحق بالحرملك الكائن بحدائق المنتزة والملحق بقصر المنتزة ، اذ التكييف القانونى لهذه الاجارة انها تتضمن ترخيصا بالانتفاع بجزء من أموال الدولة العامة ، وعلى ذلك تكون المنازعة حول احقية الادارة فى انهاء الترخيص بانتفاع المدعية بجـــزء من ملحقات قصر المنتزة من الاختصاص الولائى لمحكمة القضاء الادارى (ادارية عليا فى ١٢ مارس ١٩٨٣ الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٢٧ قضائية مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليـــا السنة ٢٨ رقم ٨٥ صفحة ٥٦٦) .

وقضت محكمة القضاء الادارى ايضا بأن المادة التاسعة من القانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٥٦ فى شأن اشغال الطرق العامة تنص على انه « للسلطة المختصة وفقا لمقتضيات التنظيم أو الأمن العام أو الصحة أو حركة المـــرور أو الآداب العامة أو جمال تنسيق المدينة ، ان تصدر قرارا بالغاء الترخيص أو بانقاص مدته أو المساحة المرخص فى اشغالها ، وعلى المرخص له ازالـــة الاشغال فى الاجل الذى تحدده السلطة المختصة ، فاذا كان المرخص له لم يصدر منه شىء مما ذكر فى هذه المادة ولم ينشأ عن الفاترينة السابق لـــه الترخيص بها سبب من الاسباب الموجبة لرفض تجديد هذا الترخيص، وكان =

٧٥ — عدم جواز الحجز على الشيء العام :

وهذا الحكم هو نتيجة منطقية للحكم السابق ، فمتى تقرر أنه لا يجوز التصرف فى الشيء العام بما يتعارض مع تخصيصه للمنفعة العامة ، وجب القول كذلك بأنه لا يجوز الحجز على الشيء العام . ذلك أن الحجز ينتهى الى بيع اجبارى ، فاذا كان البيع الاختيارى ممنوعا فأولى أن يمنع البيع الاجبارى (١) .

واذا اتخذت اجراءات لنزع ملكية الشيء العام ، كانت هذه الاجراءات باطلة بطلانا مطلقا لا تصححها الاجازه (٢) .

واذا كان الحجز على الشيء العام غير جائز ، فكل ما يؤدى الى هذا الحجز يكون غير جائز أيضا ، ومن ثم لا يجوز رهن الشيء العام ، لا رهنا رسميا ولا رهنا حيازيا . كما لا يجوز أخذ حق اختصاص به ، ولا يجوز أن يترتب عليه حق امتياز (٣) .

= الثابت فى الاوراق ان مالكى العقار الحاليين هم الذين استعدوا جهة الادارة لاكراه المدعى على ازالة الفاترينة منذ آلت اليهم ملكية العقار ، فرفضت جهة الادارة تجديد الترخيص دورة قيام أى سبب من الاسباب الواردة فى القانون المبررة لهذا الرفض ، فان قرارها عندئذ يتسم بالانحراف واساءة استعمال السلطة بالاضافة الى عيب مخالفة القانون (قضاء ادارى فى ٣ يناير سنة ١٩٦١ مجموعة المبادىء التى قررتها محكمة القضاء الادارى السنة ١٥ صفحة ٩٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المشرع قصد بما تقضى المادة ٨١ من القانون المدنى من ان الاموال العامة تخرج عن التعامل بحكم القانون ، عدم جواز التصرف فى هذه الاموال او الحجز عليها او تملكها بالتقادم ، وهو مانص عليه فى المادة ٨٧ /٢ من القانون المدنى (نقض مدنى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٨١ صفحة ١٨٥٦) .

(١) انظر فى مبدأ عدم جواز الحجز على الشيء العام : استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية المختلطة ٢ ص ١٠٨ — ١٢ يونيه سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٤٠١ — ١١ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٥ ص ٦٨ .

(٢) نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٩ — ١ — ٢٥٧ — ١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠ — ١ — ١٥١ .

(٣) استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٣٢٥ .

٧٦ — عدم جواز تملك الشىء العام بالتقادم :

وهذا هو أهم القيود الثلاثة التى وضعت لحماية الشىء العام ، فهو أهم بكثير من قيد عدم جواز التصرف ومن قيد عدم جواز الحجز . ووجه ذلك واضح ، فانه يصعب تصور أن الدولة أو الشخص الادارى يعمد الى التصرف فى الشىء العام الا اذا كان غير عالم بصفته ، وكذلك يندر أن يقدم دائن للشخص الادارى على حجز أموالة العامـة بل حتى على حجز أمواله الخاصة لأن الشخص الادارى يكون عادة موسرا فلا يكون دائنة فى حاجة الى التنفيذ الجبرى على ماله . وانما الخشية كل الخشية هى فى أن يعتدى الأفراد على الشىء العام بوضع اليد عليه أملا فى أن تكسب ملكيته بالتقادم ، ومن ثم سد القانون هذا الباب فى أوجه المعتدين ، وحرم تملك الشىء العام بالتقادم (١) .

كذلك لا يجوز لشخص أن يكسب بالتقادم حق ارتفاق على الأموال العامة .

واذا كان الشخص الادارى يستطيع رفع دعاوى الحيازة ليحمى

---

(١) وقد قضى ، تطبيقا لعدم قابلية الشىء العام للتملك بالتقادم : بـأن جنابيات السكة الحديدية المخصصة للمنفعة العامة لا يمكن تملكها بالتقادم ، ولو لم تكن السكة الحديدية منتفعة بها حالا (استئناف وطنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٣ ص ٦٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد على الأموال العامة — وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة — مهما طالت مدته لا يكسب الملكية الا اذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامـة ، بمعنى انه لجواز تملك الأموال العامة بالتقادم يجب ان يثبت أولا انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، اذ من تـاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل فى عداد الاملاك الخاصة فتأخذ حكمها ، ثم يثبت وضع اليد عليها بعد ذلك المدة الطويلة المكسب للملكية بشرائطها القانونية ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مجرد وضع يد المطعون عليه مدة تزيد على خمسة عشر عاما بغير اعتراض او منازعة من وزارة المواصلات هـو السبب الذى ازال عن هذه الأرض تخصيصها للمنفعة العامة ورتب عـلى ذلك اكتسـاب المطعون عليه ملكيتها فانه يكون مخطئا فى القانون (نقض مدنى فى ١٩ مارس سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السـنة ٢١ رقم ٧٧ صفحة ٤٨٠) .

حيازته . فان الأفراد لا يحمون فى حيازتهم للشىء العام لأن هذه الحيازة لا يعتد بها • فلا يجوز لواضع اليد على شىء عام أن يرفع دعوى منع التعرض . اذ أن هذه الدعوى تفترض أن يكون الشخص واضعـا يده بصفته مالكا ، والشىء العام لا يقبل وضع اليد عليه بهذه الصفة • ومع ذلك اذا كانت صفة العمومية متنازعا عليها ، جاز لواضع اليد أن يرفع دعوى منع التعرض ، ويبقى واضعا يده حتى ترفع الادارة دعوى تثبت فيها ان العين مخصصة للمنفعة العامة (١) •

وكما لا يجوز تملك الشىء العام بالتقادم • كذلك لايجوز تملكه اذا كان منقولا بالحيازة . وعلى هذا يجوز للشـخص الادارى أن يسترد الشىء العام المنقول من تحت يد حائزه ، ولو كان هذا الحائز حسن النية • واذا كان الشىء العام المنقول قد سرق أو ضاع ثم اشتراه شخص حسن النية ، فان الشخص الادارى يستطيع أن يسترده منه، ولا يلتزم برد الثمن اليه اذا كان المشترى قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق عامة أو من تاجر يتعامل فى مثل هذا المنقول • وقد قضت محكمة النقض بأن التمثال الأثرى لايجوز التبايع فيه ، بـل بيعه وشراؤه باطلان ، وللحكومة أن تتقاضى من يكون هذا التمثال فى حيازته مهما كانت جنسيته لتسترده منه ، بغير تعويض تدفعه أو ثمن ترده اليه ، ولايكون له أن يحتج عليها بحكم المادة ٨٧ مدنى (قديم)، فان من المقرر قانونا أن أحكام أمتلاك المنقول بالحيازة لا ترد بحال على الأملاك العامة (٢) •

ويمكن القول انه لما كان الشىء العام لايجوز أن تنتقل ملكيتـه

---

(١) محمد زهير جرانة ص ١٤٢ — ص ١٤٣ والأحكام المشار اليها فى الشخص الادارى يستطيع ان يرفع دعوى الاستحقاق على واضع اليد فى اى وقت ، حتى لو بقى واضع اليد حائزا للشىء العام من التقادم .

ومتى تقرر أن الشىء لا يمكن تملكه بالتقادم ، فانه يترتب على ذلك ان الشخص الادارى يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على واضع اليد فى اى وقت ، حتى لو بقى واضع اليد حائزا للشىء العام مدة التقادم .

(٢) نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنـة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٩٩ ص ٦٠٣.

الى أحد مادام مخصصا للمنفعة العامة . فان أيا من أسباب كسب الملكية لا يرد عليه . وأسباب كسب الملكية هى الاستيلاء ولايتصور أن يرد على الشىء العام ، والميراث والوصية وهما كذلك لايتصوران ، والشفعة وهى لاتجوز لا فى الشىء العام ولا بالشىء العام . ويبقى بعد ذلك من أسباب كسب الملكية العقد والتقادم والالتصاق . وقد قدمنا أن الشىء العام لايجوز التصرف فيه بالعقد ولاتملكه بالتقادم، والآن نقرر أنه لايجوز تملكه بالالتصاق . فاذا أقامت الادارة مبنى عاما على أرض غير مملوكة لها ، لم يجز لصاحب الأرض أن يتملك المبنى العام بالتصاق ، بل الادارة هى التى تنزع ملكية الأرض (١) . ولكن قواعد الالتصاق تنطبق فى الفرض العكسى ، فاذا بنى الغير أو غرس فى أرض من المنافع العامة . جاز للادارة أن تملك البناء أو الغراس بالالتصاق فى مقابل دفع القيمة التى قررها القانون (٢) .

المطلب الثانى

الأشياء الخاصة

(Domaine privé)

٧٧ — مسائل البحث :

الأشياء الخاصة هى الأشياء المملوكة ملكية خاصة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، وهى الأشياء غير المخصصة للمنفعة العامة . وهناك أمثلة كثيرة لهذه الأشياء . بل ان الأشياء العامة ذاتها يمكن أن تنقلب الى أشياء خاصة ، بانتهاء تخصيصها المنفعة العامة على الوجه المقرر فى القانون . وحق الدولة فى الأشياء الخاصة هو حق ملكية خاصة ، لا حق ملكية ادارية . وتخضع هذه

---

(١) نقض فرنسى ١٤ ابريل سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٩ — ١ — ٤٤٢ — ٢٢ ابريل سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ — ١ — ٤٨٥ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٢٣ — مجلس الدولة الفرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ مجموعة أحكام مجلس الدولة ١٩٢٧ ص ٥٨١ .

الأشياء بوجه عام لأحكام الملكية ، شأنها فى ذلك شأن الأشياء المملوكة للأفراد •

فنبحث اذن المسائل الآتية : ١ — أمثلة للاشياء الخاصة المملوكة للدولة ٢ — تحول الأشياء المخصصة للمنفعة العامة ، الى أشياء خاصة بزوال تخصيصها • ٣ — تكييف حق الدولة فى الاشياء الخاصة والأحكام التى تخضع لها هذه الأشياء •

١ — أمثلة للأشياء الخاصة المملوكة للدولة

٧٨ — الدومين الخاص :

الى جانب الدومين العام للدولة يوجد الدومين الخاص • وقد رأينا (١) • كيف نبت التمييز بين الدومين العام والدومين الخاص فى فرنسا ، وقد انتقل هذا التمييز الى القانون المصرى • فأصبح الدومين الخاص ، على خلاف الدومين العام ، هو مالم يخصص للمنفعة العامة ، وتملكه الدولة أو الشخص المعنوى العام ملكية خاصة ، ويكون التصرف فيه كتصرف الأفراد فى أموالهم الخاصة •

وأسباب كسب الدومين الخاص متعددة ، وهى نفس أسباب كسب الملكية الخاصة • فقد تملك الدولة المال بالاستيلاء اذا لم يكن له مالك ، فتضع يدها عليه بنية تملكه • وقد تملك الدولة المال ملكية خاصة بالالتصاق ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩١٩ مدنى على أن « الأراضى التى ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة » ، والملكية هنا ملكية خاصة كما سبق القول (٢) • وقد تملك الدولة أو الشخص المعنوى العام المال ملكية خاصة بالعقد (كالهبة والبيع) وبالوصية ، ويقع ذلك فى بعض الأحيان كما اذا وهب شخص أو أوصى لاحدى

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٥ •
(٢) انظر آنفا فقرة ٥٣ •

الجامعات بمال تستعين به الجامعة على تحقيق أغراضها العلمية ، وقد تملك الدولة المال ملكية خاصة بالتقادم طبقا لقواعده ، ولكن متى أصبح المال ملكا خاصا للدولة فانه يصبح غير قابل لتملك الأفراد له بالتقـادم كما سيأتى (١) . ونرى من ذلك ان الدولة أو الشـخص المعنوى العام قد يملك ، بأسباب مختلفة ، أموالا متنوعة من عقارات ومنقولات ملكية خاصة ، وكثيرا ما يوقف على الجامعات والهيئات العامة أموال طائلة، فجامعة القاهرة ودار الكتب وغيرهما من الهيئات موقوف عليها أطيان وأرض رصدها عليها رجال الخير . وتدير أموال الدولة الخاصة عـادة مصلحة الأملاك الأميرية ، ان لم تدرها هيئة فنية متخصصة .

بقى من أسباب كسب الملكية الشفعة والميراث (٢) . أما الشـفعة فيندر أن تشفع الدولة فى عقار الا اذا قامت ضرورة ملحة الملك ، وعند ذاك لا نرى مانعا من أن تأخذ العقار بالشفعة . وسنبحث المـيراث فيما يلى :

٧٩ — التركات التى لا وارث لها :

اذا مات شخص ولم يترك وارثا ففى الشريعة الاسلامية تؤول تركته الى بيت المال . وبيت المال تمثله الآن خزانة الدولة ، فيمكـن القول اذن ان التركات التى لا وارث لها تكون ملكا للدولة ، وتكـون من أملاكها الخاصـة .

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٨٨ .

(٢)ويضاف الى اسباب كسب الملكية ، بالنسبة الى الدولة ، القانون . فقد ينص القانون على ان تملك الدولة مالا معينا ملكية خاصة ، كما فعل قانون المناجم والمحاجر (رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦) اذ نصت المادة ٣ منه على ان «يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم فى الأراضى المصرية والمياه الاقليمية ، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحاجر عدا مواد البناء ... التى توجد فى المحاجر التى تثبت ملكيتها للغير » ، وكما فعل قانون الاصلاح الاصلاح الزراعى فقد وضع حدا اقصى للملكية الزراعية وما يزيد على هـذا الحد تنتقل ملكيته للدولة فيكون مملوكا لهـا ملكية خاصة الى أن يوزع على صغار الفلاحين طبقا لاحكام هذا القانون .

بقى أن نعرف هل أيلولة التركة الى الدولة تكون بطريق الميراث ، أي أن الدولة تعتبر وارثا لمن لا وارث له ؟ اختلف الرأى فى ذلك • فمن قائل ان التركة تؤول الى الدولة بطريقة الميراث • ومن قائل بل هى تؤول الى الدولة على أساس أنها مال لا مالك له ، والمال الذى لا مالك له يؤول الى الدولة • ويقول الاستاذ أحمد ابراهيم فى هذا الصدد : « والحق أنه مال فيه معنى الارث والمصلحة معا ، فهو ملك لجميع المسلمين على السواء ، يستوى فى ذلك الموجودون وقت وفاة المتوفى ومن سيوجد بعد ذلك ، ويصرف فى مصالح الجميع على السواء ، ويستوى فيه الذكور والاناث ، والقريب والبعيد ، وفى قول لمالك رضى الله عنه أن مال من يتوفى من غير وارث يكون للفقراء لا لبيت المال ، نص على ذلك فى شرح الذرة البيضاء وغيره • وعند الامامية يكون هذا المال للامام بحكم ولاء الامامة » (١) •

والصحيح فى نظرنا أن التركة تؤول الى الدولة مالا خاصا ، لا باعتبارها تركة موروثة ، بل باعتبارها مالا لا مالك له ، فتملكه الدولة بمجرد وفاة المالك دون وارث وقبل أن تضع يدها عليه ، فالدولة ليست وارثا لمن لا وارث له (٢) ، وهذا هو مذهب أبى حنيفة وأصحابه

---

(١) احمد ابراهيم بحث مقارن فى المواريث فى الشريعة الاسلامية سنة ١٩٣٣ — سنة ١٩٣٤ (المقال الثانى ص ٥٢) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن بيت المال ، وان عد مستحقا للتركات التى لا مستحق لها ، فانه لا يعتبر وارثا فى نظر الشرع ، والملك فهو لا يصلح خصما فى دعوى الوراثة (نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص ١٠٠٧) . وقضت ترتيبا على ذلك بأن البطريركية ليست جهة حكم ولا جهة لضبط مال من لم يظهر له وارث ، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال . فتصرف البطريركية يتناول النقود وتسليم التركة الى مطلق المتوفاة الذى لا يرثها بحال ، ليسلمه لذى الحق فيه ، هو تصرف غير مشروع من أساسه ، ولا يدخل اطلاقا فى حدود سلطتها باعتبارها شخصا معنويا من اشخاص القانون . واذن فهى مسئولة عن التصرف ، باعتبارها شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص (نقض مدنى ١٢ ابريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ١ ص ١٠٠٧) •

والراجح من مذهب أحمد (١) .

وأهم نتيجة تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثا لمن لا وارث له، أن صاحب التركة لو أوصى بكل تركته لاحد نفذت الوصية فى كل التركة ، دون حاجة لاجازة الدولة فيما زاد على الثلث . ولو كانت الدولة وارثا ، لوجبت اجازتها فيما زاد على الثلث طبقا لأحكام الوصية . وفى هذا المعنى يقول الاستاذ أحمد ابراهيم : « وأما على مذهب أبى حنيفة وأصحابه والراجح من مذهب أحمد وبعض العلماء ، فان الوصية بما زاد على الثلث عند عدم الورثة جميعا تنفذ بدون توقف على اجازة أحد ، ويقدم الموصى له بما زاد على الثلث على بيت المال حتى لو كانت الوصية بكل مال التركة . وذلك لأن بيت المال عند هؤلاء ليس وارثا . وانما هو محل توضع فيه التركات التى لا مستحق لها على أنها مال ضائع . واذا كان مع الموصى له أحد الزوجين . فان لم يجز فله نصيبه من الباقى بعد الثلث فقط ، وتكمل وصية الموصى له من الباقى بعد ذلك ، ويقدم على بيت المال كما تقدم . حتى لو استغرق

---

(١) هذا وقد صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث ، نذكر من نصوصه المواد الآتية : م ١/١ — تؤول الى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة التى يخلفها المتوفون من غير ارث ، أيا كانت جنسيتهم ، وذلك من تاريخ وفاتهم . م ٢/١ — ينقضى كل حق يتعلق بالتركة ، ولو كان سببه الميراث ، بمضى ١٥ سنة تبدأ من تاريخ وفاة المورث ، أيا كان تاريخ علم ذوى الشأن بواقعة الوفاة مالم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم او انقطاعه . م ٨ : ١ — تسلم الأراضى الزراعية للادارة العامة للاملاك وطرح النهر ، أما العقارات المبنية والأراضى الفضاء المخصصة للبناء فتسلم لوزارة الاسكان والمرافق العامة لادارتها لحساب التركة ، حتى تتم تصفيتها أو يتقرر تسليمها لصاحب الحق فيها . ٢ — وتصفى من تاريخ الوفاة جميع أنواع النشاط التجارى أو المهنى التى كان يزاولها المتوفى . م ٩ — تصفى كافة عناصر التركة على وجه السرعة ، ويودع حاصل ثمنها بالخزانة العامة لحساب التركة ، حتى يتقرر حق ذوى الشأن فيها أو تنتهى المدة المنصوص عليها بالمادة الثانية . م ١١ — فى حالة ظهور مستحق للتركة ، يخصم من نصيبه رسم قدره ١٠٪ من اجمالى الايراد نظير أعمال الادارة و ٥٪ من اجمالى الثمن نظير نفقات التصفية ، كما تخصم سائر المصروفات الفعلية الأخرى .

ما بقي كله . واذا أجاز كان للموصى له كل ما أوصى له ، والباقى لبيت المـال ان بقي شيء ، والا فكل التركة للموصى لـه بمقتضى الوصـية والاجازه جميعا (١) » .

ونتيجة ثانية تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثا ، أن مال أهـل الذمة الذين يتوفون بدار الاسلام عن غير مستحق له هو أيضا للدولة. ولو كانت الدولة وارثا ، لما ورثت من غير المسلم .

ونتيجة ثالثة تترتب أخيرا على ما تقدم ، أنه لو مات شخص عن غير وارث ، ووضع شخص آخر يده على ماله ، فان حق الدولة لايسقط بمضى ثلاث وثلاثين سنة . لأن هذه المدة انما تسقط دعوى الميراث والدولة ليست بوارث ، كذلك لا يستطيع واضع اليد أن يتملك التركة بالتقادم . لأنها مال الدولة الخاص . ومال الدولة ولو كان خاصـا لا يجوز تملكه بالتقادم كما سنرى (٢) .

٨٠ — الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها :

ويعتبر أيضا ملكا خاصا للدولة الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها ، كأراضى الصحراء والجبال وما الى ذلك . وقد نصت المادة ١/٨٧٤ و ٢ مدنى فى هذا الصدد على أن « ١ — الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة . ٢ — ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها الا بترخيص من الدولة وفقا للوائح » .

والملكية هنا هى أيضا ملكية خاصة ، وكانت تتميز بحكم خاص. اذ كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى تنص على ما يأتى : « الا أنه اذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها ، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص مـن

---

(١) احمد ابراهيم بحث مقارن فى المواريث فى الشريعة الاسلامية سنة ١٩٣٣ — سنة ١٩٣٤ (المقال الثانى ص ٥١ — ٥٢) .

(٢) انظر ما يلى فقـرة ٨٨ .

الدولة • ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك » • ولكن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (م ٨٦) ألغى هذه الفقرة فأصبحت هذه الأراضى شأنها شأن سائر أملاك الحكومة الخاصة تخضع لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، وسنعود الى أحكام هذا القانون فيما يلى (١) •

٨١ — أموال المشروع العام من مؤسسات عامة وشركات عامة :

دخل فى القانون المصرى أخيرا ما يعرف بالمشروع العام (entreprise publique) • وهو اما مؤسسة عامة أو شركة عامة • وكان ذلك أثرا من آثار التوسع الكبير فى نشاط القطاع العام فى توجيه الاقتصاد القومى والتنمية الاقتصادية ، وأخذ الدولة بزمام هذا النشاط بعد أن كان متروكا لنشاط الأفراد أو لنشاط ما يسمى بالقطاع الخاص • والأداة الرئيسية لكل ذلك هى التأميم (nationalisation) ، فيأخذ المشروع العام عادة شكل المؤسسة العامة أو الهيئة العامة عندما تقوم الدولة بنشاط صناعى أو تجارى أو زراعى أو مالى أو عندما تقوم بتأميم المرافق العامة كالكهرباء والغاز والمياه والمواصلات ووسائل النقل المختلفة ، ويأخذ شكل الشركة المساهمة العامة عندما تقوم الدولة بتأميم البنوك وشركات التأمين والشركات التى كانت تابعة من قبل للقطاع الخاص كشركات الملاحة والمصانع والمتاجر والفنادق وكذلك عندما تنشىء المؤسسات شركات عامة •

وقد صدر أخيرا القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ فى شأن المؤسسات العامة ، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ فى شأن الهيئات العامة • ويظهر من الرجوع الى هذين القانونين أن المؤسسة العامة « تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو زراعيا أو ماليا أو تعاونيا » (م ١ من قانون المؤسسات العامة) ؛ فى حين أن الهيئة العامة تنشأ « لادارة مرفق مما

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٨٩ — فقرة ٩٢ •

يقوم على مصلحة أو خدمة عامة » (م ١ من قانون الهيئات العامة). على أن هذه التفرقة لم تلتزم بدقة كافية ، فهناك نشاط تمارســه المؤسسة العامة ويمكن أن يكون مرفقا عاما ، كما أنه ليس ثمة مايمنع الهيئة العامة من أن تزاول نشاطا اقتصاديا لا تتوافر له صفة المرفق العــام (١) .

والمؤسسات العامة والهيئات العامة تعتبر من أشخاص القانون العام ، ولكن أموال المؤسسة العامة تعتبر فى الأصل من الأمــوال الخاصة ، مالم ينص على خلاف ذلك فى القرار الجمهورى الصــادر بانشاء المؤسسة . أما أموال الهيئات العامة فتعتبر فى الأصل مــن الأموال العامة ، مالم ينص على خلاف ذلك فى القرار الجمهــورى الصادر بانشاء الهيئة (٢) . والمؤسسات العامة لها ميزانية مســتقلة ، وتوضع على نمط ميزانيات المشروعات التجارية ، وأرباح المؤسسة العامة بحسب الأصل تؤول اليــها . كمــا تواجه المؤسسة العجــز أو الخسارة أصلا عن طريق ما تعقده من قروض . أما الهيئات العامــة ، وان كانت لها ميزانية خاصة ، الا أنها تلحق بميزانية الدولة وتجرى عليه أحكامها ، وتتحمل الدولة عجزها ، ويؤول لميزانية الدولة ما قــد تحققه من أرباح .

---

(١) ويقول الاستاذ مصطفى كمال طه فى هذا الصدد : « والواقع ان تحديد ما يعتبر مؤسسة عامة او هيئة عامة لا يرجع الى طبيعة النشاط ... وانما المرجع الى تحديد ذلك هو الى القرار الجمهورى ... ومعنى ذلك أن ضابط التفرقة بين المؤسسة العامة والهيئة العامة هو فى الحقيقة ضــابط شــكلى محض مردة ارادة المشرع وحدها ، وبالرغم من صــدور قانون للمؤسسات العامة وآخر للهيئات العامة ، فان اغلبية الأحــكام مشــتركة بينهما ») مصطفى كمال طه فى الوجيز فى القانون التجارى سنة ١٩٦٥ فقرة ٤٨٣) .

(٢) وهناك قوانين وقرارات منشئة لبعض المؤسسات والهيئات قــد نصت صراحة على اعتبار اموالها اموالا خاصة : مثل ذلك م ١٢ من نظام هيئة قنال السويس ، وم ٢٨ من نظام البنك المركزى المصرى ، و م ١٣ من نظــام البنك الأهلى المصرى ، وم ٨ من قانون مؤسسة بنك مصر .

والشركات المساهمة العامة تعتبر من أشخاص القانون الخاص . وتعتبر أموالها أموالا خاصة ، شأنها فى ذلك شأن المؤسسات العامة ، بل هى أولى من المؤسسات فى اعتبار أموالها أموالا خاصة ، اذ هى كما قدمنا من أشخاص القانون الخاص فى حين أن المؤسسات من أشخاص القانون العام كما سبق القول .

ويخلص من ذلك أن كلا من المؤسسات العامة وشركات المساهمة العامة تعتبر أموالها أموالا خاصة .

٢ — تحول الأشياء العامة الى أشياء خاصة
بزوال تخصيصها للمنفعة العامة

٨٢ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٨ مدنى (المعدلة بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤) على ما يأتى :

« تفقد الاموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل . أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » (١) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص والمادة ١٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن عبارة « أو بالفعل » لم تكن واردة فى نص المشروع التمهيدى . وأقرت النص لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠ فى المشروع النهائى ، واقره مجلس النواب تحت رقم ٩٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو بالفعل » بعد عبارة « أو مرسوم » « ليتمشى ذلك مع كيفية اكتساب الملك العام ، وقد أقر القضاء هذا المبدأ » ، فاصبح النص مطابقا لما استقر عليه التقنين الجديد ، وصار رقمه ٨٨ . واقره مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٨٣ — ٤٨٨) .

ثم صدر القانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٢ ، فعدل النص بعد عبارة =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق العبارة الاخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٩ من التقنين الوطنى (١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٩١ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٨ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٧٢ — ولا مقابل للنص فى قانون الملكية العقارية اللبنانى — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ١/٢٣ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى الأردنى (٢) .

وتحول الشيء العام الى شيء خاص بانهاء تخصيصه للمنفعة العامة هو من أهم المصادر التى تكسب بها الدولة أموالها الخاصة، فكثير من الأشياء التى كانت مخصصة للمنفعة العامة ينتهى تخصيصها هذا ، فتنقلب من أشياء عامة الى أشياء خاصة . فيجوز للدولة التصرف فيها . كما يجوز التنفيذ عليها بالحجز .

٨٣ — كيف ينتهى تخصيص الشيء للمنفعة العامة فيصبح شيئا خاصا :

وينتهى تخصيص الشيء للمنفعة العامة . فيصبح شيئا خاصا ،

= « بمقتضى قانون » على الوجه الآتى : « او قرار جمهورى او قرار من الوزير المختص » .

(١) التقنين المدنى السابق م ١/٩ (وطنى) : الأملاك الأميرية المخصصة للمنافع العمومية لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة ، ولا يجوز حجزها ولا بيعها ، وانما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون او امر .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٩١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٧٢ (مطابق فيما عدا اغفال عبارة « او مرسوم » فى التقنين العراقى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى م ١/٢٣ : وينتهى التخصيص للنفع العام بالفعل او بمقتضى القانون (واحكام التقنين الكويتى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل .

بنفس الطريقة التي يخصص بها للمنفعة العامة . وقد رأينا (١) أن الشيء يخصص للمنفعة العامة بطريق رسمي (قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص) ، أو بطريق فعلي بتخصيصه فعلا للمنفعة العامة . وكذلك ينتهي تخصيص الشيء للمنفعة العامة ، فيكون الانتهاء بطريق رسمي (قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص) ، أو بطريق فعلي وذلك بانتهاء الغرض الذي من أجله خصص الشيء للمنفعة العامة .

وقبل أن نستعرض كلا من الطرفين . ندلي بملاحظتين :

(الملاحظة الأولى) ورد في نفس المادة ٨٨ مدني : « وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » . والصحيح أن الطريق الفعلي هو نفسه يكون بانتهاء الغرض الذي من أجله خصص الشيء للمنفعة العامة . فلا يوجد اذن طريق ثالث ، ولا يوجد الا طريقان كما قدمنا : الطريق الرسمي والطريق الفعلي . وتكون لفظة « أو » السابقة على عبارة « انتهاء الغرض الخ » زائدة لا محل لها ، ويجب أن تقرأ العبارة الأخيرة من النص على الوجه الآتي : « أو بالفعل بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » (٢) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٦ في آخرها .

(٢) ويؤكد ذلك الرجوع الى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي ، فلم يرد في هذه المذكرة الا طريقان لانتهاء التخصيص للمنفعة العامة هما الطريق الرسمي والطريق الفعلي ، اذ جاء في هذا الصدد ما يأتي : « كما أن تخصيص الأموال للمنفعة العامة يكون بالفعل او بمقتضى قانون او مرسوم ، كذلك ينتهي التخصيص للمنفعة العامة بمقتضى قانون أو مرسوم أو بانقطاع استعمالها بالفعل الاستعمال الذي من أجله اعتبرت مخصصة للمنفعة العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٨٤) — والسبب في عدم دقة نص المادة ٨٨ مدني يرجع الى ما يأتي : كان نص المشروع التمهيدي دقيقا اذ جاء على الوجه الآتي : « ... وينتهي التخصيص بمقتضى قانون او مرسوم أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الاموال للمنفعة العامة » . فكان واضحا أن =

(الملاحظة الثانيه) ليس من الضرورى أن ينتهى تخصيص الشيء للمنفعة العامة بنفس الطريقة التى خصص بها من قبل للمنفعة العامة • فقد يخصص شيء للمنفعة العامة بطريق رسمي وينتهى تخصيصه بطريق فعلى ، وكذلك قد يخصص شيء للمنفعة العامة بطريق فعلى وينتهى تخصيصه بطريق رسمي •

٨٤ — انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق رسمى :

كما يخصص الشيء المملوك للدولة ملكية خاصة للمنفعة العامة بطريق رسمى ، أى بطريق قانون أو قرار جمهورى أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار من الوزير المختص أو قرار من الادارة المختصة (١) ، كذلك ينتهى تخصيصه للمنفعة العامة بطريق رسمى على النحو السالف الذكر • فيجوز انهاء التخصيص ، وتجريد المال من صفته العامة (déclassement, désaffectation) بقانون أو قرار جمهورى أو قرار من مجلس الوزراء أو قرار من الوزير المختص أو قرار من الادارة المختصة • ولا يشترط التماثل بين أداة التخصيص وأداة انهاء التخصيص ، فقد يخصص شىء للمنفعة العامة بقانون وينتهى تخصيصه بقرار جمهورى اذا كان ذلك جائزا طبقا للنظم المقررة • وقد يقع العكس فيخصص شيء بقرار جمهورى وينتهى تخصيصه بقانون ، أو بقرار من مجلس الوزراء أو من الوزير المختص أو من الادارة المختصة . مادام كل ذلك

= طريق انتهاء التخصيص « بانتهاء الغرض الذى من اجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » هو الطريق الفعلى نفسه ولا شيء غيره . ولم تتنبه لجنة مجلس الشيوخ الى ذلك ، وظنت ان النص لا يشتمل على الطريق الفعلى ، فقررت اضافة « عبارة او بالفعل » ، فجاء ذكر الطريق الفعلى على هذا الوجه مكررا ، ذكر فى الاصل عبارة « او بانتهاء الغرض . » ، ثم أعيد ذكره باضافة عبارة « او بالفعل » وكانت احدى العبارتين تغنى عن الأخرى ، بل كان الاولى الا تضيف لجنة مجلس الشيوخ عبارة « أو بالفعل » فان معناها كان موجودا فعلا فى نص المشروع : انظر آنفا فقرة ٨٢ فى الهامش ومجموعة الاعمال التحضيرية ١ ص ٤٨٣ — ص ٤٨٤ .

(١) أنظر آنفا فقرة ٤٧ .

جائز طبقا للنظم المقررة .وقد قدمنا أنه يجوز تخصيص شيء للمنفعة العامة بطريق رسمي ، وانها التخصيص بطريق فعلي (١) .

ولاشك في أن انهاء التخصيص للمنفعة العامة أمر تقديري موكول الى الحكومة ، فهي ترى ما اذا كان من الملائم أن تنهي التخصيص أو ألا تنهيه ، ولا معقب على تقديرها في ذلـك من القضـاء الا اذا انطوى التقدير على التعسف في استعمال السلطة (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن ترخيص السلطة الادارية للأفراد بالانتفاع بالأملاك العامة ليس من شأنه أن يؤدي الى زوال تخصيصها للمنفعة مادام الانتفاع المرخص به لا يتعارض مع الغرض الذي من أجله خصصت هذه الأموال للمنفعة العامة ، واذ كان ترخيص مصلحة الآثار للمطعون ضده باشغال قطعة الأرض محـل النزاع للسكن بصفة مؤقتة ليس فيه ما يتعارض مع الغرض الذي من أجله خصصت هذه الأرض للمنفعة العامة وهو التنقيب عن الآثار من حظر هذا الترخيص عـلى

---

(١) انظر آنفا فقرة ٨٣ — وقـد كان التقنين المدني الوطني السـابق (م ٩/١) يقضي بان الأملاك المخصصة للمنفعة العامة يجوز « للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون او أمر » . وقـد فسر هـذا النص بان للحكومة ان تنهي تخصيصها لهذه الأملاك بمقتضى قانون أو مرسوم فتتحول الى أملاك خاصة ، ومن ثم يجوز التصرف فيها . وكان هناك من يذهب الى انه لا يجوز انهاء التخصيص الا بمقتضى قانون أو مرسوم كما ورد في النص ، فلا يجوز انهاء التخصيص بقرار من مجلس الوزراء او الوزير المختص او الادارة المختصة ، حتى لو ان التخصيص للمنفعة العامة في بداية الأمر كان تخصيصا فعليا لا تخصيصا رسميا (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٥٨ ص ١٠٦ — ٢١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢١١ ص ٤٣١ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٢٥٥ ص ٦٨٨ — ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٤١ ص ٨٣٥ — انظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية المختلطة ٢ ص ٣٥٥ — ١٥ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٤) .

(٢) مجلس الدولة الفرنسي ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٥ — ٣ — ١ — محمد زهير جرانة ص ١٩٢ — محمد علي عرفة فقرة ١٣٤ ص ١٦٩ .

المرخص له اجراء حفر فيها ، وكانت هذه الأرض لوصف انها من أراضى الآثار المعتبرة من الأموال العامة لا يجوز تملكها بوضع اليد مهمـــا طالت مدته ، فان وضع اليد عليها لا يمكن أن يؤدى بذاته الى زوال تخصيصها للمنفعة العامة ولا يصح عليها قد حصل بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة وفقدانها صفة المال العام فقدانا تاما على وجه مستمـر غـير منقطع (١) .

٨٥ — انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى :

كانت هذه المسألة مثار خلاف كبير فى عهد التقنين المدنى السابق . فقد قدمنا أن هذا التقنين كان ينص عـلى أن انتهـاء التخصيص يكون « بقانون أو أمر » ، فكان هناك رأى يذهب الى أنه لا يجوز انتهـــاء التخصيص الا بطريق رسمى . ومن أنصار هذا الرأى من يقـــول بأن أداة انتهاء التخصيص يجب أن تكون قانونا أو مرسوما ولا شىء غيرهما ، ومنهم من يقول بأنه يجوز أن تكون أداة انتهاء التخصيص غير القانون أو المرسوم فتكون بقرار من مجلس الوزراء أو الـــوزير المختص أو الادارة المختصة (٢) . ولكنهم جميعا ، ســـواء منهـم من يشترط القانون أو المرسوم ومن يجيز غيرهما ، متفقون عـلى أن انتهاء

---

(١) نقض مدنى ٨ يونيه ١٩٦٧ مجموعة احـــكام النقض السنة ١٨ رقم ١٨٤ صفحة ١٢١٩ .

كما قضت محكمة النقض بأن وضع اليد على الأموال العامة — مهما طالت مدته — لا يكسب الملكية الا اذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بمعنى انه لجـــواز تملك الأموال العامة بالتقادم يجب ان يثبت أولا انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، اذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخـــل فى عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ثم يثبت وضع اليد عليها بعد ذلك المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية . واذا اعتبر الحكم المطعون فيه مجرد وضع يد المطعون ضدهم مدة تزيد على خمسة عشر عاما بغـــير اعتراض او منازعة من الطاعن (الحــكومة) هو السبب الذى أزال عن ارض النزاع تخصيصها للمنفعة العامة ورتب على ذلك اكتسابهم ملكيتها فانه يكون مخطئا فى القانون (نقض مدنى فى ٢١ ابرايل سنة ١٩٦٦ مجموعـــة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ١٢٤ صفحة ٩٠٨) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٨٤ فى الهامش .

التخصيص لا يكون الا بأداة رسمية ، وأن انتهاء التخصيص بطريق فعلى لا يجوز (١) .

وكان هناك رأى ثان يذهب الى التمييز بين المال العام بطبيعته كالجسور ، والطرق ومجارى الأنهر والترع فهذه يجوز انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بطريق فعلى بأن يتبين على وجه واضح أن تخصيصها للمنفعة العامة قد انتهى وزال ، وبين المال العام حكماً كالحصون والقلاع والثكنات ودور الحكومة وهذه لا يجوز انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بطريق فعلى بل لابد من صدور أداة رسمية كقانون أو قرار لانهاء التخصيص . وقد قضى ، تطبيقا لهذا الرأى ، بوجوب التفريق بين الأملاك العامة الطبيعية والأملاك العامة حكما . فالنوع الأول ، كمجرى الأنهار والطرق والجسور ، يجوز أن تزول عنها صفتها أى كونها من المنافع العامة بأسباب طبيعية ، كما لو تحول مجرى النهر فيصبح بذلك من الأملاك الخاصة دون حاجة الى قانون أو رسوم باستغناء المنافع العامة عنها . والنوع الثانى ، كالحصون والقلاع ، لا يمكن بصفة عامة أن تخرج من أملاك المنفعة العامة وتلحق بالأملاك الخاصة الا بمقتضى قانون أو أمر (٢) .

وكان هناك رأى ثالث ، وهو الرأى الذى رجح فى القضاء والفقه وأخذت به محكمة النقض ، يذهب الى أنه يجوز انتهاء التخصيص

---

(١) استئناف مصر ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٤١ ص ٥٣٥ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ رقم ٢٥٥ ص ٦٨٨ — استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٤ — سامى مازن فى تعليقه على حكم محكمة استئناف مصر فى ٩ ابريل سنة ١٩٣٠ مجلة القانون والاقتصاد ١ ص ٦٩٩ وما بعدها .

(٢) استئناف مصر ٩ ابريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٠ ص ٣٨ ؛ وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يشترط لتجريد الحصون والقلاع من صفتها العامة صدور أمر ادارى بذلك ، وذلك بخلاف الجسور والطرق ومجارى الأنهر والترع فهذه يكفى ثبوت زوال تخصيصها للمنفعة العامة بالفعل (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٤١ — ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١٠) .

بالطريق الفعلى فى جميع الأموال العامة ، لا فرق فى ذلك بين الأموال العامة بطبيعتها والأموال العامة حكما . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة التى يجب السير عليها فى هذا الشأن هى أن الحصانة التى أسبغها القانون على الأملاك العامة ، فأخرجها عن دائرة المعاملات بما قضى به من عدم جواز بيعها والتصرف فيها الا بقانون أو أمر ، مقيدة ببقاء تلك الأملاك مخصصة للمنفعة العامة ، فاذا مازال عنها هذا التخصيص بسبب ما ، انفصلت هذه الأملاك عن الأملاك العامة ، ودخلت فى عداد الأملاك الخاصة (١) .

ولما كان هذا الرأى الثالث هو الذى غلب فى القضاء والفقه فى عهد التقنين المدنى السابق كما قدمنا ، فقد عمد التقنين المدنى الجديد ، حسما للخلاف ، الى أن يورد نصا صريحا يأخذ فيه بهذا الرأى . فنصت المادة ٨٨ مدنى ، كما رأينا ، على أن « ينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة » . فارتفع الآن كل

---

(١) نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٢٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠٤ ص ٨٦ — وقضت ايضا بأن سور مدينة القاهرة القديم لا يعتبر الآن من المنافع العمومية ، بعد أن تهدم واندثرت معالمه وفقد ما خصص له ، ثم وضع الناس أيديهم على أجزاء مختلفة منه وأدخلوها فى منازلهم (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠١) — وانظر ايضا نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٣٠٢ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠٩ ص ٥٩٨ — ١٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦١ ص ١٠٦ — استئناف وطنى ١٧ يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٢٠ ص ٢٣٤ — ٢٥ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥١ ص ٢٤١ — استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٣٦ ص ١٠٥٤ — استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١٠ — ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٧ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٧ — ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣١ — ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٥ .

وانظر محمد كامل مرسى فى مقاله عن الأملاك الخاصة والعامة ص ٧٩٧ ومابعدها — محمد زهير جرانة ص ١٩٦ .

شك فى أنه يجوز انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى ، دون حاجة الى استصدار أداة رسمية (١) ٠

وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز — سواء فى ظل القانون المدنى الملغى أو طبقا للمادة ٨٨ من القانون المدنى القائم — أن يفقد المال العام صفته هذه بانتهاء تخصيصه للمنفعة العامة بالفعل ، الا انه يتعين أن يكون التجريد الفعلى من جانب الحكومة واضحا كل الوضوح حتى لا يتعطل المال العام عن أداء الخدمة التى رصد لها ، فلا ترفع الحصانة التى اسبغها القانون على الأموال العامة الا بالنسبة لما يصبح منها فاقدا بالفعل لهذه الصفة فقدانا تاما بطريقة مستمرة لا لبس فيها ولا انقطاع فما يحمل على محمل التسامح أو الاهمال من جانب جهة الادارة لا يصلح سندا للقول بانهاء تخصيص المال العام للمنفعة العامة التى رصد لها وزوال صفة العمومية على هذا الأساس (٢) ٠

على أن انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى يجب أن يكون واضحا كل الوضوح ، فسكوت الادارة عن عمل يقوم به الغير فى المال العام بدون موافقتها لا يكفى لاستظهار أن التخصيص للمنفعة العامة قد زال فعلا بهذا العمل (٣) ٠ وبوجه خاص لا يكون ابطال

---

(١) محمد على عرفة فقرة ١٣٦ ص ١٧١ ٠

(٢) نقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٨٥ صفحة ٥٥١ ٠

(٣) استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٧ — ٦ ابريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٢٦ — ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ ٠

وقد قضت محكمة النقض بأن الأموال العامة لا تفقد صفتها الا بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة وهذا الانتهاء مادام لم يصدر قانون أو قرار به ، فانه لا يتحقق الا بانتهاء الغرض الذى من اجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة ، بمعنى ان ينقطع بالفعل وعلى وجه مستمر استعمالها لهذا الغرض وتزول معالم تخصيصها للمنفعة العامة ، وانتهاء التخصيص للمنفعة العامة بالفعل يجب ان يكون واضحا لا يحتمل لبسا ومن ثم فمجرد سكوت الادارة عن عمل يقوم به الغير فى المال العام بدون موافقتها لا يؤدى الى زوال تخصيص هذا المال للمنفعة العامة (نقض مدنى فى ٨ يونيه سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٨٤ صفحة ١٢١٩) ٠

الدفن فى جبانة قديمة كافيا وحده لازالة صفتها العامة ، بل لابد من زوال معالم الجبانة (١) .

٣ — تكييف حق الدولة فى الأشياء الخاصة والأحكام التى تخضع لها هذه الأشياء

٨٦ — حق الدولة فى الأشياء الخاصة هو حق ملكية مدنية محضة :

قدمنا (٢) أن حق الدولة فى الأشياء العامة هو حق ملكية ادارية ، ما هو المقصود من ذلك . أما حق الدولة فى الأشياء الخاصة فهو حق ملكية مدنية محضة ، وشأن الدولة فى تملك الأشياء الخاصة شأن أى

= وقضت محكمة النقض أيضا بأن الأموال العامة لا تفقد صفتها الا بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، وهذا الانتهاء مادام لم يصدر قانون أو قرار به فانه لا يتحقق الا بانتهاء الغرض الذى من اجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة بمعنى ان ينقطع بالفعل وعلى وجه مستمر استعمالها لهذا الغرض وتزول معالم تخصيصها للمنفعة العامة وانتهاء الترخيص للمنفعة العامة يجب أن يكون واضحا لا لبس فيه (نقض مدنى فى ٤ يونيه سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ صفحة ١٧٢١) .

كما قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ٨٨ من القانون المدنى مؤداه ان الأموال العامة لا تفقد صفتها الا بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة وهذا الانتهاء مادام لم يصدر بــه قانون أو قرار ، فانه لا يتحقق الا بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة بمعنى أن ينقطع بالفعل وعلى وجه مستمر استعمالها لهذا الغرض وتزول معالم تخصيصها للمنفعة العامة وانتهاء التخصيص بالفعل يجب أن يكون واضحا لا يحتمل لبسا (نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢٣٣ صفحة ١٢١٩) .

(١) انظر آنفا فقرة ٥٥ فى آخرها فى الهامش — واذا جار احد الأفراد على جزء من عرض طريق عام ، ولكن الباقى من عرض الطريق يتسع لمرور الجمهور ، لم يجز القول بانتهاء تخصيص هذا الجزء للمنفعة العامة ، وحمل ذلك على محمل التسامح من الادارة او الاهمال ، مادام الانتفاع بالطريق لم يتأثر تأثرا محسوسا (محمد على عرفة فقرة ١٣٦ ص ١٧٢) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٦ وما بعدها .

فرد فى تملك المال الخاص وقد رأينا (١) أن الدولة تملك الأشياء الخاصة بنفس أسباب كسب الملكية الخاصة .

وينبنى على أن حق الدولة فى الأشياء الخاصة انما هو حق ملكية مدنية أن يكون للدولة الحق فى رفع دعوى الاستحقاق لحماية ملكيتها ، وفى رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازتها ، وأن تتملك الثمار والحاصلات التى ينتجها الشىء الخاص ، شأنها فى ذلك شأن أى مالك .

٨٧ — الأحكام التى تخضع لها الأشياء الخاصة :

وتخضع الأشياء الخاصة لنفس الأحكام التى تخضع لها الملكية المدنية ، مع شىء من التحوير اقتضته طبيعة الدولة .

فالمال المملوك للأفراد يكون عادة قابلا للتصرف فيه ، ويجوز الحجز عليه ، ويجوز تملكه بالتقادم .

أما قابلية الشىء الخاص المملوك للدولة للتصرف فيه فليست محلا للشك ، وللدولة أن تتصرف فى الشىء كما يتصرف الفرد فى ملكه الخاص . غير أن الدولة مقيدة بكثير من القوانين واللوائح التى تخضع لها فى تصرفها فى الأشياء الخاصة وفى استثمارها ؛ فلابد اذن من مراعاة أحكام هذه القوانين واللوائح ، وسنعرض فيما يلى لبعض هذه الأحكام (٢) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٧٨ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٨٩ — ٩٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نصوص المواد ٨ و ١٧ و ١٨ من لائحة شروط بيع املاك الميرى الحرة الصادرة فى ٣١ من اغسطس سنة ١٩٠٢ مرتبطة — وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض — أن بيع املاك الحكومة الخاصة المطروحة فى المزايدة لا يتم ركن القبول فيها الا بالتصديق على البيع من وزارة المالية ولا يعتبر رسو المزاد وايداع مبلغ التأمين الا ايجابا صادرا من الراسى عليه المزاد (نقض مدنى فى ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٩٤ صفحة ١٢٨٧) .

كما قضت محكمة النقض بأن مفاد المواد ٨ و ١٧ و ١٨ من لائحة شروط بيع امبلاك الميرى الصادرة فى ٣١ من اغسطس سنة ١٩٠٢ مرتبطة — وعلى ما جرى به قضاء المحكمة — ان بيع أملاك الحكومة =

أما اذا لم يوجد قيد فى قانون أو لائحة ، فقواعد القانون المدنى هى التى تسرى فى تصرف الدولة فى الأشياء الخاصة المملوكة لها . كذلك تكون المحاكم القضائية . لا المحاكم الادارية ، هى المختصة بنظر ما ينشأ عن تصرف الدولة فى الشىء الخاص من وجوه النزاع .

وأما قابلية الشىء الخاص للحجز عليه ، فالأصل أنه يجوز لدائنى الدولة الحجز على الأشياء الخاصة المملوكة لها ، وتتبع فى ذلك أحكام التنفيذ فى قانون المرافعات . ولكن الذى يقع فعلا هو أن الدولة لا تمكن الأفراد من الحجز على أملاكها الخاصة ، ويمتنع قلم المحضرين عادة من اجراء هذا الحجز . ذلك أن المفروض هو أن الدولة مليئة ، غير معسرة ولا مماطلة ، وأنه متى تبين لها أن الحق فى جانب الدائن أوفته حقه طوعا واختيارا ، لا قسرا واجبارا .

بقيت قابلية الشىء الخاص لتملكه بالتقادم . وهذا ما كان مقررا الى عهد قريب ، بل كان هذا هو أهم فرق بين الملك العام والملك الخاص، فالأول لا يجوز تملكه بالتقادم أما الآخر فيجوز تملكه بهذا الطريق . وكثيرا ما كانت الأفراد تضع يدها على أملاك الدولة الخاصة ، وتنقضى المدة اللازمة للتملك بالتقادم ، فيتملكها واضع اليد (١) . وقد رأت

= الخاصة المطروحة فى المزايدة لا يتم ركن القبول فيها الا بالتصديق على البيع من وزارة المالية ولا يعتبر رسو المزاد وايداع مبلغ التأمين الا ايجابا صادرا من الراسى عليه المزاد . واذا لم يثبت حصول تصديق على البيع المطعون عليه فان هذا البيع لا يكون باتا ونظل الأرض المبيعة على ملك البائعة (نقض مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٨٢ مجموعة احكام النقض السنة ٣٣ رقم ٥٩ صفحة ٣٢٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد على الاموال العامة مهما طالت مدته لا يكسب الملكية ما لم يقع بعد زوال صفة المال العام عنها ، واذ كانت محكمة الاستئناف — بما لها من سلطة موضوعية فى تقدير الدليل — وقد استخلصت مما ورد تقرير الخبير أن الاطيان محل النزاع قد استقرت وأصبحت ثابتة ولا تتأثر بفيضان نهر النيل منذ سنة ١٩١٠ ، مما مؤداه زوال صفة المال العام عنها من هذا التاريخ وكان الحكم المطعون فيه قد استظهر من أقوال شاهدى المطعون عليه وانه شهود الطاعن أن والد المطعون عليه =

الحكومة أخيرا أن فى ذلك خطرا على أملاكها الخاصة ، فهى مشتتة فى أنحاء البلاد ، ولا تستطيع فى كل حالة أن تدفع عنها اعتداء الأفراد فى الوقت المناسب • لذلك انحرفت عن هذه القاعدة الهامة ، وقررت بتشريع خاص أن الأشياء الخاصة المملوكة لها لا يجوز تملكها بالتقادم • وهـذا وهذا ما ننتقل الآن اليه •

٨٨ — عدم جواز تملك الأشياء الخاصة المملوكة للدولة بالتقادم :

صدر فى هذا الشأن القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ يعدل من المادة ٩٧٠ مدنى • وكانت المادة ٩٧٠ مدنى قبل هذا التعديل تجرى على الوجه الآتى : « فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقـــوق الارث بالتقادم ، الا اذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » •

فعدل هذا النص ، بموجب القانون سالف الذكر ، على الوجه الآتى : « فى جمـــيع الأحوال لا تكسب حقـــوق الارث بالتقـــادم ، الا اذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة • ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أى حق عينى عليها ، بالتقادم (١) » •

ويلاحظ أن أملاك الدولة الخاصة ، التى تم كسب الأفراد لهـــا بالتقادم قبل نفاذ هذا التعديل ، تبقى مملوكة لمن كسبها بالتقادم ، اذ ليس لهذا التعديل أثر رجعى •

= وضع اليد على [illegible] من قديم الزمان حتى توفى سنة ١٩٢٢ • فاستمر المطعون عليه فى وضع اليد عليها مستوفيا كافة شروطه القانونية مدة تزيد على خمس عشرة سنة قبل ان يتعرض له الطاعن أو ينكر عليه حيازته • فان النعى عليه بالفساد فى الاستدلال ومخالفة الثابت بالاوراق لا يعـــدو ان يكون جدلا فى تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع بلا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه (نقض مدنى فى ١٧ يناير سنة ١٩٧٤ مجموعة أحـــكام النقض السنة ٢٥ رقم ٣٠ صفحة ١٧٤) •

(١) وقيل تبريرا لهذا التعديل بأن الشارع أراد بهذا الحكم الجديد ان ان يحمى هذه الأموال حتى تكون فى مأمن من تملكها بالتقادم ، لأنه مهما احكمت الرقابة والاشراف عليها فان ذلك لن يمنع من تملكها بهـذا الطريق (المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧) •

وقد قضت محكمة النقض بانه يجوز تملك الاموال العامة بالتقادم قبل تعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ اذا انتهى تخصيصها للمنفعة العامة وثبت وضع اليد عليها بعد ذلك المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية (١) •

أما اذا كان هناك ملك خاص للدولة فى حيازة أحد الأفراد ، ولم يكن قد مضى على حيازته له وقت نفاذ التعديل خمس عشرة سنة كاملة ، فأن واضع اليد لا يستطيع كسب هذا الملك الخاص بالتقادم ، حتى لو أتم بعد نفاذ التعديل مدة خمس عشرة سنة وهو حائز للمال •

واذا حاز شخص مالا وادعى أنه تملكه بالتقادم ، فعليه هو اذا كان مدعيا أن يثبت التملك بالتقادم بجميع شروطه • ومتى أثبت ذلك ، كان على الحكومة أن تثبت بجميع طرق الاثبات أن هذا المال ، بالرغم من توافر شروط التملك بالتقادم فيه ، هو من أملاكها الخاصة ، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم •

وكما لا يجوز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم ، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عينى عليه ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع ، شأن المال الخاص فى ذلك شأن المال العام •

---

(١) نقض مدنى فى ٣ يناير سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٠ صفحة ٦٦ •

كما قضت محكمة النقض بانه متى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتثبيت ملكية الخصم المتدخل لاطيان النزاع تأسيسا على ان التقادم الطويل الذى اكتملت مدته قبل العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذى يحظر تملك الأموال الخاصة للدولة او كسب حق عينى عليها بالتقادم — لم ينقطع برفع الدعوى رقم .... اذ التقادم انما كان يسرى فى مواجهة المالكة للاطيان وهى الحكومة ، والدعوى المذكورة كانت مقامة من مورث المستأنفين وهو لم يكن مالكا للاطيان محل النزاع طوال مدة سريان التقادم الطويل المكسب للملكية وان رفع تلك الدعوى لا يدخل ضمن أسباب الانقطاع الطبيعى كما لم يترتب عليها ازالة الحيازة قهرا وفعلا (نقض مدنى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٦١ صفحة ١٥٤٢) •

وقد صدر بعد قانون سنة ١٩٥٧ القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ يجرى تعديلا آخر فى نص المادة ٩٧٠ مدنى • فصار النص ، بعد هذا التعديل الأخير ، يجرى على الوجه الآتى : « فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الارث بالتقادم ، الا اذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة • ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية ، أو كسب أى حق عينى عليها ، بالتقادم • كما لا يجوز التعدى عليها ، وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق ازالته اداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة » • وهذه ميزة أخرى لأموال الحكومة الخاصة، كسبتها بهذا التعديل الأخير ، فالأصل أن الحكومة ليس لها أن تلجأ الى الطرق الادارية ، الا لازالة الاعتداء على الملك العام • أما الملك الخاص، اذا اعتدى أحد عليه ، فانه طبقا للقواعد العامة لا يجوز للحكومة أن تزيل الاعتداء بنفسها أى بالطرق الادارية ، بل عليها أن تلجأ الى القضاء • فالآن بعد التعديل الأخير ، أصبح للحكومة ازالة الاعتداء على الملك الخاص بالطرق الادارية ، دون الالتجاء الى القضاء • فاذا حاز شخص عينا ، وادعت الحكومة أن هذه العين هى من أملاكها الخاصة ، كان لها ، دون أن تلجأ الى القضاء ، أن تنتزع العين من يد حائزها ، والحائز هو الذى يلجأ الى القضاء بعد انتزاع العين من يده اذا رأى وجها لذلك (١) •

ثم صدر — بعد قانونى سنة ١٩٥٧ و سنة ١٩٥٩ — القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ متضمنا تعديلا ثالثا لنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى، فأصبح النص ، بعد هذا التعديل الأخير يجرى على الوجه الآتى :

« فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الارث بالتقادم الا اذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة • ولا يجوز تملك الاموال الخاصة

(١) وقد قضت المحكمة الادارية العليا بان مؤدى نص المادة رقم ٩٧٠ من =

المملوكة للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لايهما والاوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى على هذه الأموال بالتقادم • ولا يجوز التعدى على الأموال المشار اليـــها بالفقرة السابقة ، وفى حالة التعدى يكون للوزير المختص حق ازالته اداريا » •

وبموجب هذا التعديل الأخير ، امتـدت الحماية المقـررة للاموال الخاصة بالدولة والاشخاص الاعتبارية العامة والاوقاف الخيرية بعدم جـواز تملكها بالتقادم ، الى أموال الوحـدات الأقتصـــادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة والى أموال شركات القطاع العام ، كما أوضح التعديل الأخير بأن الوزير هو المختص بأزالة التعدى الواقع على هذه الاموال بعد أن كان النص قبل تعديله يعطى حق الازالة للجهة صاحبة الشأن بصفة عامة مما أثار جدلا فيمن يملك هذا الاختصـــاص بتلك الجهة •

وغنى عن البيان أن الحماية التى اسبقها المشرع عـلى أمـــوال الوحدات الأقتصادية سالفة البيان وشركات القطاع العام بعدم جـواز تملكها بالتقادم ليس لها أثر رجعى بمعنى انه اذا تم حيـازة مـال عن

= القانون المدنى معدلة بالقوانين أرقام ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ و ٣٩ لسنة ١٩٥٩ و ٥٥ لسنة ١٩٧٠ ، ان حق الجهة الادارية فى ازالة التعدى الواقع على مالها الخاص بالطريق الادارى يعتبر خروجا عـــلى القواعد المألوفة التى تقضى بان حق الدولة وغيرها من الجهات العامة فى أموالها الخاصة هـو حق ملكية مدنية محضة شأنها فى ذلك شأن الأفراد بحيث اذا وقع نزاع بشأن هذه الأموال تحتم الالتجاء الى القضاء لاستصدار حكم قابل للتنفيذ ، فيتعين على الجهة الادارية فى استعمالها لحقها فى ازالة التعدى للواقع على مالها الخاص بالطريق الادارى ان تتأكد من ملكيتها لهذا المال او ان يكون سند ادعائها بملكيته هو سند جدى له أصل ثابت فى الاوراق والا كان قرارها فاقدا لركن من أركانه وهو ركن السبب ويقع مخالفا للقانون خليقا بالالغاء ويتحقق به ركن الخطأ الموجب للمســئولية عن تعويض الاضرار الناشئة عنه (ادارية عليا فى ٢١ يونيه سنة ١٩٨٠ مجمـوعة القواعد القـانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى خمسة عشر سنة صفحة ٦٢٥) •

أموالها حيازة قانونية ومضى عليها خمس عشرة سنة سابقة على تاريخ العمل بأحكام القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ وهو تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية الحاصل فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٧٠ ، يبقى هذا المال لمن كسبه بالتقادم ولا يسرى عليه الحظر •

اما اذا كانت حيازة أحد الأفراد لمال الوحدة الأقتصادية أو شركة القطاع العام لم يمض عليها وقت نفاذ التعديل الأخير خمس عشرة سنة كاملة ، فان واضع اليد لا يستطيع كسب ملكية هذا الملك بالتقادم •

وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأن المشرع استهدف من تعديل نص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بالقانونين رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ثم بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ ، تحقيق هدفين (أولهما) حماية الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذا أموال القطاع العام والأوقاف الخيرية من تملكها أو كسب حق عينى عليها بالتقادم • (وثانيهما) حماية هذه الأموال من التعدى عليها وتخويل الوزير المختص حق دفع هذا التعدى بازالته بالطريق الادارى (١) •

---

(١) ادارية عليا فى ٦ مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا خلال خمسة عشر سنة صفحة ٩٢٠ •

وقد قضت محكمة النقض أيضا بأن ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ والقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ من انه ليس لكل من هذين التشريعين أثر رجعى بالنسبة لما اكتسب فعلا من الاموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة واموال الأوقاف الخيرية بالتقادم قبل صدور هذين القانونين ، هذا الذى جاء بالمذكرة الايضاحية لا ينصرف الا لما اكتسب ملكيته فعلا بالتقادم قبل تاريخ صدور القانونين المذكورين . اما الأموال التى كان يحوزها الأفراد قبل صدور القانون الأول لم يكتسبوا ملكيتها أو اى حق عينى عليها بالتقادم قبل صدور القانون الأول فانه يكون لجهة الادارة ان تزيل التعدى الواقع عليها بالطريق الادارى عملا بالحق المقرر لها فى القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ويكون الأمر الادارى الصادر بازالة هذا التعدى صادرا بالاستناد الى القانون ولا يشوبه ظاهرة عيب يجرده من صفته الادارية وينحدر به الى العدم ومن ثم فلا تختص المحاكم العادية بالفصل فى طلب التعويض عن هذا القرار (نقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٨١ صفحة ٥٣٨) •

وقد قضت محكمة النقض بأن القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ عدل نص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بأن اضاف اليه حكما جديدا يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم ، وقد اقتصر على تعديل هذا النص ولم يتناول المادة ٨٧٤ من القانون المدنى التى تتحدث عن الاستيلاء باعتباره سببا مستقلا بذاته لكسب الملكية والتى كانت تجيز الفقرة الثالثة منها لكل مصرى أن يتملك بهذا الطريق ما يزرعه أو يغرسه أو يبنى عليه من الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها وذلك بمجرد حصول الزرع أو الغراس أو البناء ودون اشتراط لمضى مدة ما على وضع يده وانما تفقد هذه الملكية بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك . أما القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ وقد اقتصر على حظر التعدى على الأراضى التى منع القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تملكها بالتقادم وتخويل الجهة الادارية صاحبة الشأن حق ازالة هذا التعدى بالطريق الادارى ، ومن ثم فلا يكون للتعديل الذى ادخل بالقانونين المذكورين على المادة ٩٧٠ الواردة ضمن النصوص الخاصة بالتقادم المكسب أثر على نص المادة ٨٧٤ من القانون المدنى لاختلاف سبب كسب الملكية فى كل منهما (١) .

٨٩ ــ التشريعات المنظمة لادارة الحكومة لأملاكها الخاصة والتصرف فيها ــ قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ :

وقد صدرت تشريعات كثيرة متفرقة تنظم ادارة الحكومة لأملاكها الخاصة ، والتصرف فى هذه الأملاك (٢) . وصدر أخيرا قانون شامل فى

---

(١) نقض مدنى فى ٢٠ فبراير ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٥٩ صفحة ٣٦٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان مفاد نصوص المادة السادسة من ديكريتو ٣ فبراير سنة ١٨٩٢ بشأن ضريبة ما يباع من أطيان الحكومة والمادتين ١٨ و ١٩ من منشور نظارة المالية الصادر بتاريخ ٢١ اغسطس سنة ١٩٠٢ ان التعاقد بشأن بيع الاملاك الخاصة بالدولة لا يتم بين مصلحة الاملاك وبين طالبى الشراء الا بالتصديق عليه من وزارة المالية إذ ان هذا =

هذا الموضوع ، هو القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها • واستعرضت المذكـــرة الأيضاحية لهذا القانون التشريعات المختلفة السابقة ، ثم عقبت عـلى ذلك بما يأتى : « ويبين من استعراض التشريعات المتقدمة أنها عـلى تعددها قد صدرت متفرقة فى فترات زمنية متباعدة ، ولذلك فرغم وحدة الموضوع الذى تعالجه ، وهو ادارة العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة والتصرف فيها ، فانها لم تصدر عن فكرة قانونية عامة مشتركة تؤلف بين أحكامها وتوائم بينها ، ولم يجمعها اطار قانونى واحد يحقق توافقها واتساقها • كما أن هذه التشريعات ، مع تشتتها وكثرتها ، قد صدر معظمها منذ عهد بعيد يمتد الى مطلع القرن الحالى • وتوالى ادخال التعديلات المتلاحقة على كل تشريع منها على استقلال عن التشريعات الأخرى ، الأمر الذى ضاعف من تنائيها وأوهن من ترابطها وزاد من عمق التنافر وعدم الاتساق بين أحكامها • ولذلك فانه من الناحية الفنية لا يكفى مجرد ادخال التعديلات الجزئية على كل من التشريعات المشار اليها بل يتعين تجميع أحكامها فى مجموعة قانونية واحدة تضم القواعد العامة المشتركة المنظمة لادارة واستغلال العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة والتصرف فيها ، كما تتضمن ما تقتضى المصلحة العامة اقراره من نصوص وأحكام خاصة لبعض أنواع تلك الأراضى » •

وقد صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لتحقيق هذه الأغراض المبينة فى المذكرة الايضاحية • وبدأ هذا القانون باستبعاد أنواع من

= التصديق هو القول بالبيع ممن يملكه . ولا يعتبر اعلان هذه المصلحة عن رغبتها فى البيع الا الاجراءات التى تقوم بها لهذا الغرض من مفاوضات مع راغبى الشراء وممارسه على الثمن ايجابا من جانبها ذلك ان الايجاب فى هذه الحالة ، انما يكون من راغب الشراء بتقدمه للشراء على اساس سعر معين ولا يتم التعاقد الا بقبول المصلحة بعد ذلك للبيع ، وقد اشترطت النصوص المتقدمة ان يصدر التعبير بالقبول من وزارة المالية دون غيرها (نقض مدنى فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحـــكام النقض السنة ١٧ رقـم ٦٢ صفحة ٤٥٠) .

الأراضى من نطاق تطبيقه ، اذ هى تخضع لنظم خاصة . وهذه هى :

١ — العقارات المستولى عليها تنفيذا لقانون الاصلاح الزراعى والمعدة لتوزيعها على صغار الفلاحين : فيبقى قانون الاصلاح الزراعى مطبقا فى هذا المجال .

٢ — العقارات التى تشرف عليها وزارة الاسكان والمرافق ، والعقارات المبنية والأراضى المخصصة للبناء التى تسلم لجهات ادارية معينة وفقا لقانون التركات الشاغرة رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ .

٣ — المبانى الاستغلالية والأراضى الفضاء والأراضى الزراعية التى تقع داخل نطاق المدن ، والتى تتولى المجالس المحلية ادارتها واستغلالها والتصرف فيها .

٤ — العقارات التى تديرها أو تشرف عليها الوزارات والمصالح الحكومية والمؤسسات والهيئات العامة ، وتقوم باستغلالها وفقا لأحكام التشريعات المنظمة لشؤونها ، أو التى تدخل فى ملكية أى منها .

وفيما عدا هذه العقارات ، فان العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة تخضع لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . وقد بين هذا القانون القواعد الواجب اتباعها فى تأجير هذه العقارات وفى التصرف فيها ، بعد أن قسمها الى أراض زراعية ، وأراض بور وأراض صحراوية، وأراض فضاء وعقارات مبنية . ثم أورد طائفة من الأحكام العامة التى تسرى على هذه الأراضى جميعا . وبين بعد ذلك أثر الأحكام الواردة فيه بالنسبة الى الواقع التى سبقت صدوره (١) . فنستعرض فى ايجاز هذه المسائل تباعا .

---

(١) وقد اشتمل القانون فيما اشتمل عليه الأحكام الخاصة بطرح النهر وأكله ، ولذلك ألغى فى المادة ٨٦ منه القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ وهى تشريعات سابقة كانت تنظم هذا الموضوع . ولما كان طرح النهر وأكله متصلا بموضوع أعم هو موضوع الالتصاق كسبب الملكية ، لذلك نرجىء الكلام فيه حتى نبحث الالتصاق فى الجزء التاسع من الوسيط .

٩٠ — القواعد الواجب اتباعها فى تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة وفى التصرف فيها :

استعرض القانون كما قدمنا أقساما ثلاثة من العقارات :

١ — الأراضى الزراعية ، وهى الأراضى الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام الى مسافة كيلو مترين وتكون مزروعة بالفعل •

٢ — الأراضى البور والأراضى الصحراوية • والأراضى البور هى الأراضى غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضى غير المزروعة المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام الى مسافة كيلو مترين ، أما الأراضى الصحراوية فهى الأراضى الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار اليهما ، سواء كانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة أو كانت مشغولة بمبان أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة (١) •

٣ — الأراضى الفضاء والعقارات المبنية ، وهى التى تدخل فى ملكية الدولة الخاصة فيما عدا ما استبعد من نطاق تطبيق القانون على النحو السالف بيانه •

١ — الأراضى الزراعية :تؤجر هذه الأراضى الى صغار الفلاحين

= وقد نصت المادة ٨٨ من القانون على أن « يصدر وزير الاصلاح الزراعى واصلاح الأراضى اللائحة التنفيذية والقرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون » . وقد صدرت فعلا لائحة تنفيذية مفصلة فى السنة التالية لصدور القانون •

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون : « والمقصود بعبارة الأراضى الواقعة داخل الزمام .. الأراضى التى تمت مساحتها مساحة تفصيلية ، وحصرت فى سجلات مصلحة المساحة وفى سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة ، والتى تخضع تبعا لذلك للضريبة العقارية على الأطيان . اما عبارة الأراضى الواقعة خارج الزمام فتشمل الأراضى التى لم تمسح مساحة تفصيلية ، ولم يتم حصرها لا فى سجلات مصلحة المساحة ولا فى سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة ، والتى لا تخضع للضريبة العقارية على الأطيان » .

الذين تتوافر فيهم شروط معينة ، فى حدود خمسة أفدنة لكل منهم • وتؤجر فى حدود سبعة أمثال الضريبة الأصلية المقدرة لها ، ويجوز أن تؤجر لمدة تقل عن ثلاث سنوات اذا استلزمت ذلك أجراءات التوزيع • ويلحق بها الأراضى البور التى تستصلح وتزرع خفية والأراضى الزراعية التى تزرع خفية ، فهذه وتلك تحصر سنويا على زارعيها ، ثم تؤجر فى السنة الزراعية التالية الى صغار الفلاحين وفقا للأحكام المتقدم ذكرها ، على أن تكون الأولوية فى التأجير لمن قام باستصلاحها اذا توافرت فيه الشروط •

وفيما يتعلق بالتصرف فى الأراضى الزراعية ، تؤول هذه الأراضى الى الهيئة العامة للاصلاح الزراعى للتصرف فيها بتوزيعها على صغار الفلاحين وفقا لأحكام قانون الاصلاح الزراعى • واستثناء من هذا الحكم يجوز التصرف فى هذه الأراضى ، فى حدود خمسة أفدنة لكل مشتر ، وذلك ببيعها بطريق الممارسة الى :

١ — الشركاء على الشيوع فى الأرض محل البيع •

٢ — الملاك المجاورين ، مع تفضيل من يكون قد نزعت ملكيته كلها أو بعضها للمنفعة العامة •

٣ — أصحاب حقوق الارتفاق على الأرض محل البيع •

٤ — واضعى اليد على الأراضى المتخلفة عن المنفعة العامة •

٥ — مالك الأرض التى نزعت ملكيتها لمنفعة عامة ، اذا عدل عن تخصيصها لذلك خلال خمس سنوات من تاريخ نزع الملكية •

٦ — مالك الأرض التى رسا مزاد شرائها على الحكومة لقاء مطلوباتها ، اذا طلب المالك المنزوعة ملكيته شراءها هو أو ورثته خلال خمس سنوات من تاريخ رسو المزاد •

٧ — واضعى اليد على المساحات الصغيرة من الأراضى المتناثرة التي لا يمكن توزيعها مجمعة ولا اتباع دورة زراعية منتظمة بها ، وذلك

فى الحالات التى تحددها اللائحة التنفيذية — وتحدد اللائحة التنفيذية مراتب الأولوية فى الشراء فى الحالات المتقدمة ، والشروط الواجب توافرها فى المتصرف اليهم ، وقواعد تقدير ثمن الأراضى المتصرف فيها . وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى .

٢ — **الأراضى البور والأراضى الصحراوية** : وأول ما عرض له القانون فى شأن هذه الأراضى هو وضع قواعد التصرف فيها لاستصلاحها فجعل لوزير الاصلاح الزراعى أن يحدد بقرار منه المناطق التى يجوز أن تباع فيها هذه الأراضى لاستصلاحها ، وذلك بعد التحقق من امكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه . وفى دائرة هذه المناطق يجوز لوزير الاصلاح الزراعى أن يرخص فى البيع ممارسة لمساحات من الأراضى البور فى حدود عشرين فدانا ، أو الأراضى الصحراوية غير المزروعة فى حدود خمسين فدانا ، لمن يتعهد باستصلاح الأراضى المبيعة وزراعتها فى خلال سبع سنوات بالنسبة الى الأراضى البور ، وخلال عشر سنوات بالنسبة الى الأراضى الصحراوية . وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة وتقدير الثمن وشروط أدائه ومدته وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى . واذا لم يقم المشترى باستصلاح الأرض فى خلال المدة المحددة ، اعتبر البيع مفسوخا من تلقاء ذاته ، وألزم المشترى الذى انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة ويستنزل منها ما سبق أن أداه من ثمن وفوائد . أما اذا تم الاستصلاح وثبتت ملكية المشترى ، فانه لا يجوز له التصرف فيما استصلح من أرض الا الى صغار الزراع بشروط معينة . واستثناء مما تقدم ، يجوز لوزير الاصلاح الزراعى أن يرخص فى بيع مساحات تجاوزت العشرين فدانا من الأراضى البور أو الخمسين فدانا من الأراضى الصحراوية الى الاشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة ، بشرط أن يتم استصلاح هذه الأراضى خلال عشر سنوات . وحتى تم استصلاح الأراضى ، لم يجز للشخص الاعتبارى أن يتصرف فيما الا لصغار الزراع بشروط معينة .

ولم ينظم القانون تأجير الأراضى البور . « وعلة ذلك — كما تقول

المذكرة الايضاحية ـ أن الأراضى البور قد عهد باستصلاح جانب كبير منها الى الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة المتخصصة فى أعمال استصلاح الأراضى وتعميرها . وبعد اتمام استصلاح الأشخاص الاعتبارية لتلك الأراضى وتعميرها وزراعتها ، تكون طبيعة الأراضى المذكورة قد تغيرت من أرض بور الى أرض توصف بأنها زراعية ، وتسرى عليها تبعا لذلك الأحكام المنصوص عليها فى القانون المرافق والخاصة بالأراضى الزراعية » .

ولكن القانون نظم تأجير الأراضى الصحراوية . وكذلك التصرف فى الأراضى الصحراوية المستصلحة (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية والذى عمل به اعتبارا من ١٩٥٨/٨/٢٤ قد نص فى مادته الخامسة على ان الملكية والحقوق التى تستند الى عقود مسجلة او أحكام نهائية سابقة على العمل به أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل اذا كانت شروط العقد قد نفذت تظل قائمة ، ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها وعمل به اعتبارا من ١٩٦٤/٢/٢٣ بعد ان الغى القانون ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ سالف الذكر ، ونص فى مادته الثانية على ان الأراضى الصحراوية الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام مملوكة ملكية خاصة للدولة ، ونص فى المادة ٧٥ منه على ان يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة بها ولم تشهر بعد . ولما كانت احكام القوانين المتعلقة بتملك الأراضى الصحراوية من النظام العام وتطبق على آثار العقود السارية وقت العمل بها ولو كانت مبرمة قبل ذلك كما استهدفته من تحقيق مصالح عامة ورتب من جزاء العقوبات والبطلان مخالفة احكامها فى المواد ١٠ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ من القانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١ ، اذ كان ذلك وكانت الدعويان محل النزاع الماثل موضوعها صحة ونفاذ عقود عرفية عن ارض صحراوية ابرمت قبل سريان القانونين ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ و ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، ولما كانت تلك العقود غير مسجلة وليست صادرة من الحكومة ومن ثم لا يعتد بها فى نقل ملكية تلك الاراضى عملا بالقانونين ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ و ١٠٠ لسنة ١٩٦٤، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بصحة ونفاذ هذه العقود العرفية على سند من اعتبارها ثابتة التاريخ وانها فى حكم المسجلة وينطبق عليها ما ينطبق على العقود الصادرة من الحكومة لذات الحكمة التشريعية ، فأنه يكون قد خالف القانون (نقض مدنى فى ٢٠ مايو لسنة ١٩٨٢ مجموعة احكام النقض السنة ٣٣ رقم ١٠٠ صفحة ٥٥٤) .

فيجوز أن تؤجر الأراضى الصحراوية الى صغار الزراع الذين تتوافر فيهم شروط معينة فى حدود عشرة أفدنة لكل منهم • وتكون الأولوية فى التأجير لمن كان يضع العين على الأرض المؤجرة ويزرعها فعلا ، ثم لمن هو أكثر عائلة وأقل مالا من أهل المنطقة الأقرب الى موقع الأرض المؤجرة ، ثم لغير هؤلاء وفقا لمراتب الأولوية التى تحددها اللائحة التنفيذية • وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد التى تتبع فى تقدير القيمة الايجارية للأراضى الصحراوية ومدة الايجار وسائر شروطه ، ولا يجوز أن تؤجر الأرض لمدة تزيد على تسع سنوات • على أنه يجوز لوزير الاصلاح الزراعى ، بعد أخذ رأى وزير الحربية ، أن يحدد مناطق صحراوية معينة لا يسرى عليها قيد مدة تسع السنوات ، وكذا مناطق صحراوية معينة يحظر فيها التأجير على اطلاقه •

أما التصرف فى الأراضى الصحراوية التى يتم استصلاحها وتعميرها وزراعتها بواسطة الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة التى يعهد اليها بذلك ، وفقا لبرامج التنمية ومخططاتها ، فيكون بتوزيعها على صغار الزراع وخريجى المعاهد الزراعية الذين تتوافر فيهم شروط معينة ، بحيث يختص كل منهم بملكية جديدة لا تقل عن أربعة أفدنة ونصف ولا تزيد على سبعة أفدنة ونصف تبعا لجودة الأرض والحالة الاجتماعية للمنتفع• وتكون الأولوية فى التوزيع على الوجه الآتى :

أولا — لمن أضير فى مورد رزقه بسبب أعمال الاستصلاح من المقيمين فى منطقتها •

ثانيا — ما يتبقى من الأراضى المستصلحة بعد ذلك يخصص نصفه على أهل المناطق المزدحمة بالسكان التى يصدر بتحديدها قرار من وزير الاصلاح الزراعى وذلك وفقا للترتيب الآتى (أ) خريجى المعاهد الزراعية وعمال التراحيل الذين عملوا بصفة دائمة فى استصلاح الأرض • (ب) جنود القوات المسلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع ، (جـ) من يقبل الهجرة الى منطقة الاستصلاح من أهالى المناطق المزدحمة المشار اليها •

ثالثا — النصف الثانى من باقى الأرض المستصلحة يوزع على الترتيب الآتى : (أ) خريجى المعاهد الزراعية والعمال الزراعيين الذين عملوا فى استصلاح الأراضى الموزعة بصفة دائمة من أهل المنطقة محل التوزيع أو من أهل المناطق الأخرى غير المزدحمة (ب) جنود القوات المسلحة الذين تم تسريحهم حتى تاريخ التوزيع من أهل المناطق غير المزدحمة (ج) أهل المنطقة الواقعة بها الأرض محل التوزيع والمناطق المجاورة لها — وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد تقدير ثمن الأراضى المستصلحة التى يتم التصرف فيها بطريق التوزيع ، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده . وسائر أحكام التوزيع الأخرى • ولوزير الحربية ، بعد أخذ رأى وزير الاصلاح الزراعى ، أن يحدد بقرار منه المناطق التى يحظر فيها التملك لأغراض عسكرية ، وله أيضا اتخاذ اجراءات نزع ملكية الأراضى الصحراوية أو الاستيلاء عليها استيلاء موقتا اذا اقتضت ذلك دواعى المحافظة على سلامة الدولة وأمنها القومى الخارجى أو الداخلى • ويجوز عند الضرورة ، بقرار من وزير الاصلاح الزراعى ، تجنيب أصحاب الملكيات التى تتخلل مناطق الاستصلاح فى مكان واحد ، وتعويضهم عنها عينا بأراض أخرى مما يتم استصلاحه ، أو تعويضهم نقدا طبقا لأحكام قانون نزع الملكية للمنفعة العامة (١) •

---

(١) وقد نص القانون على تشكيل لجان قضائية تختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتأجير الأراضى الصحراوية والتصرف فيها وببعض منازعات اخرى ، وتشكل هذه اللجان بقرار من وزير الاصلاح الزراعى ، برياسة محكمة ابتدائية على الأقل وعضوية قاض يختارهما وزير العدل ونائب من مجلس الدولة يختاره المجلس . وتختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتاجير الأراضى الصحراوية وتوزيعها والتصرف فيها ببيعها ، وفى الاعتراضات التى ترفع فى شأن نزع الملكية والاستيلاء الموقت عدا ما يتعلق منها بتقدير التعويض ، وفى المنازعات المتعلقة بالملكية وبالحقوق العينية السابقة على تاريخ العمل بقانون تملك الأراضى الصحراوية . وتكون القرارات الصادرة من اللجان نهائية وغير قابلة لأى طعن بعد التصديق عليها من اللجنة العليا الموكول اليها تفسير نصوص القانون تفسيرا تشريعيا (وسيأتى بيانها فيما يلى انظر فقرة ٩٢ فى الهامش) ، وتنفذ القرارات بالطريق الادارى •

٣ — الأراضى الفضاء والعقارات المبنية : فيما يتعلق بتأجير الأراضى الفضاء . تؤجر هذه الأراضى اذا كانت مشغولة بمنشآت غير ثابتة . الى شاغليها لمدة لا تزيد على عشر سنوات بشرط ألا يقيموا عليها أية منشآت ثابتة ، ويجوز تجديد العقد لمدة أو مدد أخرى مماثلة بقرار من وزير الاصلاح الزراعى • كما يجوز بقرار من الوزير التأجير لمدة تزيد على عشر سنوات ولا تجاوز ثلاثين سنة ، اذا كان الغرض من التأجير هو اقامة منشآت ثابتة على الأرض المؤجرة . بشرط ان يقبل المستأجر وصاحب المنشآت أيلولة الأرض بما عليها من منشآت ثابتة الى الدولة فى نهاية مدة التعاقد دون مقابل • وفيما يتعلق بتأجير العقارات المبنية . يكون تأجيرها بالأجرة المقررة طبقا لأحكام القوانين السارية •

وفيما يتعلق بالتصرف ، يجوز التصرف فى الاراضى المبنية أو المشغولة بمنشآت ثابتة أو غير ثابتة الى شاغلها ، وذلك بطريق الممارسة وفقا للقواعد والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية •

بقيت الأراضى الفضاء غير المشغولة بمنشآت ثابته أو غير ثابته ، فهذه يكون تأجيرها والتصرف فيها بطريق الممارسة أو المزاد العلنى ، وفقا للقواعد والاجراءات والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية •

٩١ — أحكام عامة تسرى على جميع الأراضى :

وبعد أن بين القانون القواعد الواجبة الاتباع فى تأجير الاراضى بمختلف أنواعها وفى التصرف فيها على النحو سالف الذكر ، انتقل الى تقرير أحكام عامة تسرى على جميع الأراضى نذكر منها ما يأتى :

١ — لا يجوز لأى شخص أن يضع يده على العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة . ولا أن يحوزها بأية صفة كانت ، الا وفقا لأحكام القانون ، وقد تقدم أنه لا يجوز ايضا تملكها بالتقادم • وكل تصرف أو تقرير لأى حق عينى أو تأجير يتم بالمخالفة لأحكام القانون يقع باطلا ولا يجوز شهره ، ويجوز لكل ذى شأن طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى

المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها •

٢ — ما يستحق للدولة من ثمن أو أجرة عن العقارات الداخلة فى ملكيتها الخاصة له امتياز عام على أموال المدين فى مرتبة المبالغ المستحقة للخزانة العامة وسابقة على أى امتياز آخر عدا المصروفات القضائية والضرائب والرسوم ، وللدولة أن تحصل هذه المبالغ بطريق الحجز الادارى • ولا يجوز لمن تؤول اليه ملكية أحد هذه العقارات أن يتصرف فيه الا بعد أداء ثمنه كاملا ، والا كان التصرف باطلا ولا يجوز شهره •

٣ — اذا تخلف المتصرف اليه عن الوفاء بأحد التزاماته ، ولم تكن قد مضت خمس سنوات من تاريخ التصرف ، حقق الموضوع بواسطة لجنة تشكل برياسة مستشار مساعد بمجلس الدولة وعضوية نائب بمجلس الدولة وأحد مديرى الادارات بالهيئة العامة للاصلاح الزراعى أو المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى بحسب الأحوال • وللجنة ، بعد سماع أقوال صاحب الشأن ، أن تصدر قرارا بالغاء التوزيع أو فسخ البيع • ولصاحب الشأن أن يتظلم من هذا القرار الى وزير الاصلاح الزراعى خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغه اليه • ولا يكون قرار اللجنة نهائيا الا بعد تصديق الوزير عليه بعد انقضاء ميعاد التظلم ، وينفذ القرار بالطريق الادارى • ويترتب على الغاء التوزيع أو الفسخ اعتبار المتصرف اليه مستأجرا للعقار من تاريخ تسليمه اليه ، وتستحق عليه أجرته حتى تاريخ تسلمه منه ، ويستنزل من قيمة هذه الأجرة ما أداه المتصرف اليه قبل الغاء التوزيع أو الفسخ من ثمن وفوائد وكذلك ما يستحق له من تعويض عن الغراس والمنشآت التى يكون قد أقامها فى العقار على نفقته •

٤ — يجوز لوزير الاصلاح الزراعى أن يرخص فى تأجير بعض العقارات أو فى التصرف فيها دون التقيد بأحكام القانون ، وذلك اذا كان التأجير أو البيع الى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد بالنسبة الى ما يحتاجونه من تلك العقارات لتنفيذ مشروعات

تفيد فى تنمية الاقتصاد القومى ، أو لدعم مشروعات قائمة منهـا ، أو لاقامة منشآت ذات نفع عام عليها ، وذلك بعد موافقة الجهة الادارية المختصة • ويكون التأجير أو البيع فى هذه الحالات بالأجرة أو الثمن وبالشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية •

٥ — يجوز لوزير الاصلاح الزراعى عند الضرورة القصـوى أن يقرر تجميع الأراضى الداخله فى ملكية الدولة الخاصـة قبل التصرف فيها ، مع تعويض الغير من أصحاب الأراضى التى تتخللها أو تتداخل فيها على وجه يقلل من انتاجها أو من تمام الانتفاع بها . اما عينا أو نقدا حسب اختيار صاحب الشأن فاذا لم يبد صاحب الشأن خياره ، كان التعويض عينا . وتحـدد اللائحـة التنفيذية اجراءات التجنيب ، وقواعد التعويض العينى والنقدى ، وشروطه •

٦ — وأخيرا تنص المـادة ٦٩ من القـانون على أنه « مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين كل من يدلى ببيانات غير صـحيحة يترتب عليها انتفاعه أو انتفاع غيره دون وجه حق بأحكام هذا القانون ، سواء كان باقتضاء تعويض لا يستحقه أو باستئجار أو تملك العقارات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون . وذلك فضـــلا عن رد ما قبضه بغير حق وبطلان التصرف ومصـادرة المبالغ التى يكون المخـالف قد أداها الى الحكومة — ويعفى من العقاب كل من بادر من تلقاء نفسه بابلاغ الجهة الادارية المختصة بأمر البيانات غير الصحيحة التى يكون قد أدلى بها أو اشترك فى الادلاء بها على النحو المشار اليه فى الفقرة السابقة » •

٩٢ — أثر أحكام قانون سنة ١٩٦٤ بالنسبة الى الوقائع التى سبقت صدوره :

وقد انتهى القانون فى الباب السادس منه الى أحكام انتقـالية وختامية عرض فيها لوقائع سبقت صـدوره وبين أثر أحكامه فى هذه الوقائع • نذكر من ذلك :

١ — عقود ايجاد العقــارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصــة ، والتى كانت ســارية فى تاريخ العمل بالقــانون ، تلغى فيما يخــالف أحــكامه •

٢ — جميع التصرفات التى تمت قبل العمل بالقانون على عقارات كانت داخلة فى ملكيــة الدولة الخاصــــة تبقى نافذة ، بذات الشروط والأحكام السارية وقت اقرارها • ويجوز للمجلس التنفيذى (مجلس الوزراء) تعديل هذه الشروط والأحكام أو الغاؤها أو اضــافة أحكام جديدة اليها ، اذا كان ذلك بقصد التيسير على المتصرف اليهم من صغار الفلاحين او من خريجى المعاهد الزراعية •

٣ — يمنح كل من اشترى أرضا بورا أو أرضــا صــحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها ، قبل العمل بالقانون ، مهلة يتم خلالهــا استصلاح الأراضى المبيعة اليه وزراعتهــا ، مدتها عشر ســنوات من تاريخ تسليمها اليه أو سبع ســنوات من تاريخ العمل بالقــانون أى المدتين أطول • فاذا لم يقم المشترى باســتصلاح الأرض المبيعة اليه وزراعتها خلال المهلة المشار اليها ، اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء ذاته ، دون حاجه الى تنبيه أو اعذار أو حكم قضائى •

٤ — يعتد بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة فى أحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام فى تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية (رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨) ، والمستندة الى عقود تم شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو الى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد • كما يعتد أيضا بالقرارات النهائية الصــادرة وفقا لأحكام قانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية ، والتى تضمنت تقرير التملك لبعض الأشخاص بالنسبة الى ما كانوا يحوزونه من عقارات • ويعد مالكا بحكم القانون : (أ) كل غارس أو زارع فعلى لحســابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بقــانون

تنظيم تملك الاراضى الصحراوية ، وذلك بالنسبة الى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون ، وبما لا يجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية المقررة قانونا • ولا يسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط • فاذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية ، فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار الجديدة التى تنشئها الدولة • (ب) كل من أتم قبل العمل بقانون تنظيم تملك الاراضى الصحراوية اقامة بناء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يمكن نقله منه • وذلك بالنسبة الى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التى تلحق به ، وتعد مرفقا له ، بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر ، وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (١) •

٥ — العقارات التى تم التصرف فيها قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وكانت داخله فى ملكية الدولة الخاصة ، ولم يتم الوفاء بكامل ثمنها وملحقاته حتى ذلك التاريخ ، وتغير وضع اليد الفعلى عليها نتيجة تصرفات تالية ، يجوز لوزير الاصلاح الزراعى أن يرخص فى اتخاذ اجراءات نقل ملكيتها الى الحائزين الحاليين ، وتجزئة الديون المستحقة للحكومة من باقى الثمن وملحقاته بالنسبة الى كل منهم بحسب مساحة العقار الذى يضع يده عليه • ويجوز التظلم من القرارات الادارية الصادرة فى شأن تحقيق الملكية ووضع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان قضاءها قد جرى بأن الأراضى الداخلة فى زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضى غير المزروعة التى يجوز تملكها بالاستيلاء طبقا للمادة ٥٧ من القانون المدنى الملغى والمادة ٨٠ من القانون المدنى المختلط المقابلتين للمادة ٨٧٤ من التقنين القائم وبالتالى فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير (نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٣٦ صفحة ٢٣٠) •

اليد وتجـزئة ديون الحكومة خلال ثلاثة أشـهر من تاريخ نشر هذه القرارات ، وتختص بالفصل فى التظلم اللجنة القضـائية للاصـلاح الزراعى ، ويكون قرارها فى هذا الشأن نهائيا ، وتبين اللائحة التنفيذية الاجراءات التى تتبع فى تحقيق الملكية ووضع اليد وفى تجـزئة ديون الحكومة وفى النشر عن القرارات الادارية الصـادرة فى هذا الشـأن وتحديد الأنموذج الذى يتم بموجبه نقل الملكية وتجزئة ديون الحكومة بالنسبة الى كل من الحائزين المذكورين (١) .

الفصـل الثـانى

الحقوق التى ترد على الأشياء المادية

(أو الأموال)

٩٣ — الأموال والذمة المالية :

تقدمنا أن الحقـوق التى ترد على الأشـياء المادية هى الأموال ، تمييزا للمـال عن الشىء ، ومجمـوع هذه الأموال (٢) ، هى الذمة المـالية .

---

(١) وانتهى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتأليف لجنة عليا لتفسير نصوصه تفسيرا تشريعيا ، فنصت المادة ٨٧ منه على أن « تشـكل لجنة عليا برياسة وزير الاصلاح الزراعى واصلاح الأراضى وعضـوية كل من رئيس مجلس الدولة ورؤساء مجالس ادارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى والمؤسسة المصرية العـامة لتعمير الأراضى والمؤسسة المصرية العـامة لاستصلاح الأراضى والمؤسسة المصرية العامة لتعمير الصـحارى ورئيس ادارة الفتوى والتشريع المختصة بمجلس الدولة ووكيل وزارتى الخـزانة والحربية . ويكون لهذه اللجنة تفسير احكام هذا القانون » وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيرا تشريعيا ملزما ، وتنشر فى الجريدة الرسمية » .

(٢) ويدخل فى ذلك الديون ، كما تدخل الحقوق المالية التى ترد على الأشـياء غير المادية وسنبسطها فى الباب الثانى الذى افردناه للأشـياء غير المادية .

فنبحث اذن : ١ — الأموال وتقسيمها الى حقوق عينية وحقوق شخصية . ٢ — الذمة المالية وما يتصل بها من الحلول العينى .

الفرع الأول

الأموال وتقسيمها الى حقوق عينية وحقوق شخصية

٩٤ — تقسيم المال الى حق عينى وحق شخصى :
المال ، وهو الحق الذى يرد على الشىء المادى ، ينقسم انقساما أساسيا الى حق عينى (droit réel) وحق شخصى (droit personnel) (١) .

فنتكلم أولا فى الحق العينى والحق الشخصى وكيف يتميز أحدهما عن الآخر . وكيف يمتد تقسيم الأشياء الى عقار ومنقول من الأشياء الى الأموال أى الى الحقوق العينية والحقوق الشخصية .

---

(١) وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى سلسلة من النصوص فى هذا الموضوع ، نوردها فيما يلى :
م ٦٥ : المال هو كل حق له قيمة مادية .
م ٦٦ : الحقوق المالية تكون اما عينية واما شخصية .
م ٦٧ : ١ — الحق العينى هو سلطة مباشرة على شىء معين ، يعطيها القانون لشخص معين .
٢ — وهو اما أصلى أو تبعى .
م ٦٨ : ١ — الحقوق العينية الأصلية هى حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجارة الطويلة .
٢ — والحقوق العينية التبعية هى حق الرهن التأمينى وحق الرهن الحيازى وحقوق الامتياز .
م ٦٩ : ١ — الحق الشخصى هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين ، يطالب بمقتضاه الدائن المدين بأن ينقل حقا عينا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل .
٢ — ويعتبر حقا شخصيا الالتزام بنقل الملكية أيا كان محلها ، نقدا أو مثليات أو قيميات . ويعتبر كذلك حقا شخصيا الالتزام بتسليم شىء معين .
٣ — ويؤدى التعبير بلفظ (الالتزام) وبلفظ « الدين » نفس المعنى الذى يؤديه التعبير بلفظ « الحق الشخصى » .

ثم نقتصر على الحق العينى وحده • فهو محل البحث فى الأجزاء الثلاثة الباقية من الوسـيط كما كان الحق الشخصى هو محل البحث فى الأجزاء السبعة الأولى • ونستعرض خصائص الحق العينى ، ثم نبين أن الحقوق العينية خلافا للحقوق الشخصية مذكورة على سبيل الحصر فنذكر مفرداتها •

المبحث الأول

بماذا يتميز الحق العينى عن الحق الشخصى

وتقسيم الحقوق العينية والحقوق الشخصية الى عقار ومنقول

المطلب الأول

بماذا يتميز الحق العينى عن الحق الشخصى

٩٥ — تعريف كل من الحق العينى والحق الشـخصى — أحالة الى ما تقدم فى نظرية الالتزام :

قدمنا فى الجزء الأول من الوسـيط (١) ، عند الكلام فى النظرية العامة للالتزام ، أن الحق العينى هو سلطة يعطيها القانون لشـخص معين على شىء معين ، وبموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه ما للشىء من فوائد اقتصادية • أما الحق الشخصى فهو رابطة قانونية (juris vinculum) ، ما بين شخصين دائن ومدين ، يخول الدائن بموجبها مطالبة المدين باعطاء شىء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل •

وقد عرف القـانون الرومانى الفرق ما بين الحق العينى والحق الشـخصى ، ولكنه كعادته كان يركز على الدعوى لا على الحق • ففى الدعوى العينية (action in rem) ، كانت صيغة الدعوى (formule) لا تتضمن

---

(١) فقرة ٢ وما بعدها •

تعيين المدعى عليه ، وتقتصر على تعيين صـــاحب الحق والشيء محل الحق • وفى الدعوى الشخصية (actio in personam) : كانت صيغة الدعوى تتضمن تعيين المدعى عليه أى المدين ، لأنه هو الشـــخص الذى يرتبط بالدائن وبوساطته يقتضى الدائن حقه • ولكن القـــانون الرومانى لم يصل الى تعريف مجرد للحق العينى ، بل ان الاسم نفسه لم يكن مألوفا فيه ، ولم يظهر الا أخيرا عند المحشين (glossateurs) وهذا بخلاف الحق الشخصى أى الالتزام ، فلـــه تعـــريف تقليـــــدى مألوف فى القانـــون الرومانى (١) •

أما فى العصور الوسطى ، فقد برزت الحقوق العينية ، وبخاصة الحقوق العينية الاقطاعية (féodaux) ، وتعـــددت ، فى حين أن الحق الشخصى أخذ فى الانزواء والضمور • بل نزعت من الحقوق الشخصية بعض حقوق اقتربت من الحقوق العينية وسميت (jus ad rem) ، وهى الحقوق الشخصية التى تلزم المدين بنقل حق عينى الى الدائن (٢) •

٩٦ — محاولة هدم التمييز بين الحق العينى والحق الشخصى :

وقد قدمنا (٣) ، أن التمييز ما بين الحق العينى والحق الشخصى هو الأســـاس الذى تقوم عليه تقســـيمات القانون المدنى فيما يتعلق بالأموال • وقد وقعت محاولات لهدم هذا التمييز ، اما بتقريب الحق العينى من الحق الشـــخصى ، أو بتقريب الحق الشـــخصى من الحق العينى •

٩٧ — محاولة هدم التمييز بتقريب الحق العينى من الحق الشخصى :

وعلى رأس من قام بتقريب الحق العينى من الحق الشـــــخصى

---

(١) وهذا هو : Obligatio est juris vinculum que necessitate adstringrimur alcujus solvendrae rei, secundum nostrae civitatis jure.

(٢) انظر Brissaud ص ٢٣٨ وص ٢٤١ .

(٣) الوسيط الجزء الأول الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الأول فقرة ٢ — فقرة ٤ .

برز بلانيول (١) • فهو يقول ان القـانون انمـا ينظم الروابط ما بين الأشـخاص ، ولا يمكن آن يقال ان الحق العينى هو رابطـة ما بين الشخص والشيء ، لأن الشيء انما يكـون محلا للحق لا طرفا فيـه ، والرابطة انما تكون بين الشخص والشخص • فالحق العينى اذن هو ، كالحق الشخصى ، رابطة ما بين شخص وشخص • والحق العينى يتفق أيضا مع الحق الشخصى فى أنه يشـتمل مثله على عناصر ثلاثة : محل الحق والدائن والمدين • فحق الملكية مثلا محله الشيء المملوك ، والدائن هو المـالك ، والمدين هم الناس كافة فيمـا عدا الدائن اذ يجب عليهم جميعا احترام هذا الحق • فالحقان اذن يتماثلان من حيث الطبيعـة والعناصر ، وانما يختلفان فى شيء غير جوهرى ، كمـا يقول بلانيول ، هو جانب المدين • ففى الحق العينى يكون المدين دائمـا هم جميـع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق العينى حقا شخصيا عاما من حيث المدين (passivement universel) أما فى الحق الشخصى فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات •

والذى نستبقيه مما قاله بلانيول أنه من الخطأ آن يقال ان الحق العينى رابطة ما بين الشخص والشيء ، فالرابطة لا تقوم كمـا يقول بلانيول الا بين الشـخص والشخص • ولذلك قلنـا فى تعريف الحق العينى انه « سلطة لشخص على شيء » ، ولم نقل انه « رابطة ما بين شخص وشيء » • وأما القول بأن الحق العينى هو حق شخص عام من حيث المدين ، فليس هذا هو الذى يختلف فيه الحق العينى عن الحق الشخصى كما ذهب بلانيول ، اذ الحق الشخصى فيه أيضا هذا الجانب العـام من حيث المدين ، وتلتزم الناس كافة باحترامه (٢) • فاذا آخل

---

(١) بلانيول جزء اول سنة ١٨٩٦ فقرة ٢١٥٨ — وغالى ديموج ، بعد بلانيول ، فى تقريب الحق العينى من الحق الشخصى الى حد التسوية بينهما (ديموج فى الأفكار الأساسية فى القانون الخاص ص ٤٠٥ — ص ٤٤٣) •

(٢) واحترام الناس للحقوق ، عينية كانت أو شـخصية ، ليس معناه ان هناك التزاما يقع على عاتق كل منهم بحيث يصح ان يكون هذا الالتزام دينا فى الذمة يحسب بين عناصرها السلبية (كاربونييه ص ٤٠) •

أحد بهذا الالتزام . بأن حرض المدين مثلا على أن يمتنع عن القيام بما تعهد به ، كان مسئولا ووجب عليه التعويض . والذى يخالف فيه الحق الشخصى الحق العينى أن الحق الشخصى يزيد على الحق العينى شيئا جوهريا هو الذى يميزه عنه . وذلك هو الجانب الخاص من حيث المدين الى هذا الجانب العام الذى تقدم ذكره . ففى كل حق شخصى يوجد مدين معين أو مدينون معينون هم الذين يباشر الدائن سلطته على الشيء محل الحق بوساطتهم . ولا وجود لهؤلاء فى الحق العينى . وهذا فرق جوهرى ما بين الحقين تترتب عليه نتائج هامة سيأتى ذكرها .

واذا تعين شخص بالذات يكون قد اعتدى على الحق العينى ، فان هذا الشخص يكون مسئولا لا بموجب الحق العينى ذاته ، بل بموجب التزام شخصى تولد عن الخطأ الذى ارتكبه ، ويكون اذن طرفا لا فى الحق العينى الموجود من قبل ، بل فى الحق الشخصى الذى تولد عن الخطأ (١) .

على أن احترام الناس كافة للحق العينى انما يكون بعد استكمال هذا الحق لجميع عناصره ، وقيامه حقا كاملا مستوفيا لجميع مقوماته . فهذا الاحترام اذن ليس عنصرا من عناصر الحق العينى ، اذ هو لا يوجد كما قدمنا الا بعد استيفاء الحق العينى لجميع عناصره . فلا يوجد اذن مدين بالحق العينى هو عنصر من عناصر هذا الحق كما يوجد مدين فى الحق الشخصى هو أحد عناصره ، والحق العينى يتكون وتتكامل عناصره بوجود صاحب الحق والشيء محل الحق وحدهما ، وعندئذ يجب على الناس كافة احترام هذا الحق الذى تكاملت عناصره ، أما الحق الشخصى فلا يتكون ولا تتكامل عناصره بوجود صاحب الحق والشيء محل الحق وحدهما ، بل لابد من عنصر ثالث ينضاف اليهما هو المدين بالحق الشخصى . فاذا وجد المدين الى جانب

---

(١) انظر فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ١٣ ص ٢٢ — ص ٢٣ — وقارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨ ص ٤٣ — محمد على عرفة فقرة ٦ ص ١٤ .

صاحب الحق (الدائن) والشيء محل الحق ، فقد تكاملت عناصر الحق الشخصي ، ووجب هنا أيضا ، كما في الحق العيني ، على النـاس كافة احترام هذا الحق ، دون أن يكون هذا الاحترام داخلا في تكوين الحق الشخصي اذ هو لم يوجد الا بعد أن تكون الحق (١) •

٩٨ — محاولة هدم التمييز بتقريب الحق الشخصي من الحق العيني:

وقد حاول فريق آخر هـدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي ، عن طريق تقريب الحق الشخصي من الحق العيني ، وعلى رأس هذا الفريق سالي (Saleilles) ولامبير (Lambert) ويتلخص رأيهما، كما قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) ، في أن الحق الشخصي هو كالحق العيني عنصر من عناصر الذمة المالية يتصرف فيه صاحبه ، فيبيعه ويهبه ويرهنه ويجري فيه سائر التصرفات • فالحق الشـخصي يجب النظر اليه ، لا باعتبار أنه رابطة بين شخصين ، بل باعتبار أنه عنصر مالي ، فتتجرد القيمة المالية للحق الشخصي عن شـخص الدائن وعن شخص المدين • وبذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني ، وهذا هو المذهب المادي للالتزام (٣) •

وليس ينكر على المذهب المادي للالتزام انتشـاره ومسـايرته للتطور القانوني الحديث • فهو الذي يسر التسليم بحوالة الدين على غرار حوالة الحق ، اذ لما كانت العبرة في الحق الشـخص هي بقيمته المادية لا بالمدين والدائن ، أمكن تصور أن تنتقل هذه القيمة المادية من مدين الى مدين في حوالة الدين ، كما انتقلت من دائن الى دائن في حوالة

---

(١) قرب من هذا المعنى كاربونييه ص ٤٠ — احمد حشمت أبوستيت (نقـلا عن مذكرات عبد المعطي خيال غير المطبوعة فقرة ٥) في نظـرية الالتزام سنة ١٩٤٥ ص ١٠ هامش ١ .

(٢) الوسيط الجزء الأول ، الطبعة الثالثـة المنقحة ، المجلـد الأول فقـــــرة ٤ •

(٣) انظر ايضا في هذا المعنى Jaller في فكرة استمرار الشخصية رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ — Gazin في فكرة الذمة المالية في النظرية التقليدية رسالة من ديجون سـنة ١٩١١ — Gaudemet في حوالة الدين لخلف خاص رسالة من ديجون سنة ١٩٢٨ •

الحق . وأمكن كذلك ، بفضل المذهب المادى ، أن نتصور التزاما يقع عبئا فى مال المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام ، ويكفى أن يوجد الدائن وقت التنفيذ ، كما فى الوعـد بجائزة لغير دائن معين وكالسند لحامله وكالاشتراط لمصـلحة شخص غير معـــين .

ولكننا مع ذلك لا نرى المذهب المـادى يترتب عليـه حتما هدم التمييز ما بين الحق العينى والحق الشخصى . « فمن الممكن — كمـا قلنا فى الجزء الأول من الوسيط — أن ينظر الى الالتزام نظرة مادية باعتبار موضوعه لا باعتبار اشخاصه ، ويكون فى هذا تقريب بينه وبين الحق العينى . ولكن ذلك لا ينفى أن هنـــاك فرقا جـوهريا ما بين الحقين ، حتى اذا نظر اليهما معا من حيث موضـوعهما ، فالدائن فى الحق العينى يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسـيط بينهما . بخلاف الحق الشخصى فليس للدائن فيه الا سلطة غير مباشرة على الشىء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السـلطة الا بوسـاطة المدين » (١) .

٩٩ — بقاء التمييز قائما ما بين الحق العينى والحق الشخصى :

بالرغم من المحاولات المتقدمة ، محاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى ومحاولة تقريب الحق الشخصى من الحق العينى ، فان التمييز ما بين الحقين بقى قائما قياما لا شبهة فيه ، وبقى هو المحـور الذى تدور عليه تقسيمات القانون المدنى فى الأموال . فالقانون المدنى لا يزال يقسم الأموال الى حقوق عينية وحقوق شـخصية ، ويميز تمييزا دقيقا بين هذه وتلك ، ويعقد فصولا للأولى تنفصـل تماما عن الفصول التى يعقدها للأخرى . وهكـذا فعلت كل التقنينات المدنيـة القـديمة والحـديثة ، وهكذا فعل التقنين المدنى المصرى السـابق والجـديد .

(١) الوسيط الجزء الاول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الأول فقرة ٤ — وانظر كاربونييه ص ٤٠ — ص ٤١ .

فصاحب الحق العينى يصل مباشرة الى الشىء محل الحق . ويستخلص منه فوائده دون وساطة أحد ، اذ هو ليس فى حاجة الى هذه الوساطة • أما صاحب الحق الشخصى فلا يصل مباشرة الى الشىء محل الحق ، وانما يصل اليه بطريق غير مباشر وبوساطة المدين • ولا يستطيع أن يستعمل حقه على الشىء الا اذا توسط المدين بينه وبين هذا الشىء ، فهو لا يستعمل سلطة مباشرة على الشىء كما فى الحق العينى ، بل يتقاضى حقاً من المدين • ونأخذ مثلا لذلك المنتفع صاحب الحق العينى والمستأجر صاحب الحق الشخصى • فالمنتفع يباشر سلطته على الشىء مباشرة دون وساطة صاحب الرقبة ، أما المستأجر فلا يباشر سلطة مباشرة على العين المؤجرة وانما يطالب المؤجر بتمكينه من الانتفاع بالعين فلا يصل اليها الا بوساطة المؤجر • والمهم فى الحق العينى ليس هو تعيين المدين اذ لا مدين فى الحق العينى كما قدمنا ، بل هو تعيين الشىء محل الحق اذ لا يمكن أن يترتب حق عينى الا على شىء معين بالذات • أما المهم فى الحق الشخصى فليس تعيين الشىء محل الحق اذ يجوز أن يتعلق الحق الشخصى بشىء غير معين اذا كان قابلا للتعيين ، وانما المهم هو تعيين المدين اذ لا يقوم حق شخصى الا بمدين معين يترتب فى ذمته الالتزام وقت نشوئه •

فيبقى اذن التمييز ما بين الحق العينى والحق الشخصى — كما قلنا فى الجزء الأول من الوسيط — « قائما ومحتفظا بأهميته • فالحق العينى سلطة مباشرة للشخص على الشىء ، والحق الشخصى رابطة ما بين شخصين • والظاهرة المهمة فى الحق العينى هى تحديد الموضوع ، أما فى الحق الشخصى فتحديد المدين • ويزيد الحق الشخصى عن الحق العينى عنصرا أساسيا ، هو وجود مدين معين يباشر بوساطته الدائن سلطته على الشىء موضوع الحق » (١) • ومن أجل ذلك كان الحق الشخصى أكثر تعقيدا من الحق العينى ، فالحق

---

(١) الوسيط الجزء الأول الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الأول فقرة د .

الشخصي يتكون من عناصر ثلاثة هي الدائن والمدين ومحل الحق ، أما الحق العيني فيكفي في تكوينه عنصران هما صاحب الحق ومحل الحق (١) .

ومهما يكن من أمر ، فان التمييز قام بهذا الوضوح ما بين الحق العيني والحق الشخصي لم يمنع من اختلاط الحقين أحدهما بالآخر في حالات قليلة ، كما وقع ذلك فيما يسمى « بالالتزام العيني » ونورد عنه كلمة موجزة .

١٠٠ — الالتزام العيني (*) :

يحدث في بعض الأحوال أن شخصا يجد نفسه ملزما بأداء عمل نحو شخص آخر ، ولكن سبب هذا الالتزام ينحصر في أن المدين هو المالك لعين معينة . فهنا وجد الالتزام بسبب ملكية العين ، ومن ثم سمي بالالتزام العيني (obligation réelle, obligation propter rem)

ونورد للايضاح بعض الأمثلة :

١ — تنص المادة ٨١٣ مدني على أن « لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما » . فهنا المالك لأرض تلاصق أرضا يملكها الجار ملتزم نحو هذا الجار ، اذا طلب ، أن يشارك في وضع حدود للأرضين المتلاصقتين

---

(١) ولا يزال الحق الشخصي رابطة فيما بين شخصين ، « ولا يزال لشخصية المدين والدائن أثر كبير في تكوين الالتزام وتنفيذه ، فقد رأينا انه لابد من وجود طرفي الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسنرى ان نية الطرفين — وهذا شيء نفسي — يؤثر تأثيرا كبيرا في وجود الالتزام صحيحا ، وفي تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هي السبيل الذي تتسرب منه العوامل الخلقية الى القواعد القانونية . ونضيف الى ما تقدم ان شخصية المدين بنوع خاص ضرورية في الالتزام . لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضا عند نشوئه ، وهذا ما يعترف به المذهب المادي ذاته » (الوسيط الجزء الأول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الأول فقرة ١١) .

(*) مراجع : Michou رسالة من نانسي سنة ١٨٩١ — De Jugiart رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ — Balbi رسالة من تورينو سنة ١٩٥٠ — Aberkane رسالة من الجزائر سنة ١٩٥٥ .

بحيث يمكن التثبت من حدود كل أرض منهما فى الجهة التى فيها يتلاصقان. ويتحمل مالك الأرض نصف نفقات وضع الحدود المذكورة ، ويتحمل جاره النصف الآخر . ويلاحظ أن الالتزام الذى فى ذمة صاحب الأرض، من المشاركة فى وضع الحدود وفى تحمل النفقات ، لم يترتب الا بسبب ملكية هذا الشخص للأرض الملاصقة . فمن دام مالكا لهذه الأرض فهو ملتزم ، فاذا زالت ملكيته بأن تصرف فى الأرض مثلا ، فان الالتزام ينتقل من ذمته الى ذمة المالك الجديد ، وحتى لو مات فآلت الأرض الى وارث . فان الوارث يصبح ملتزما ، لا باعتباره وارثا ، بل باعتباره المالك الجديد للأرض . فالالتزام هنا اذن يدور مع ملكية الأرض وجودا وعدما ، فهو التزام مصاحب دائما لملكية العين ، ومن ثم فهو التزام عينى .

٢ — تنص المادة ١٠٢١ مدنى على أنه « لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق ، الا أن يكون عملا اضافيا يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ، مالم يشترط غير ذلك » . وتنص المادة ١٠٢٢ مدنى على أن « ١ — نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق مالم يشترط غير ذلك . ٢ — فاذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق . ٣ — واذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » . ويستخلص من هذه النصوص أن مالك العقار المرتفق به لا يكون ملزما فى الأصل بالقيام بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق ، ولا بأية نفقة . ومع ذلك يجوز استثناء أن يكون ملزما : (أولا) بالقيام بعمل اضافى يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف مالم يشترط غير ذلك . (ثانيا) بنفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه ، اذا اشترط عليه مالك العقار المرتفق ذلك وقبل الشرط . (ثالثا) اذا كانت

الأعمال نافعة للعقار المرتفق به ، التزم مالـك هـذا العقار ، دون شرط ، بالمساهمة فى نفقة هذه الأعمال بنسبة ما يعود على عقاره من الفائدة •

ففى جميع هذه الأحوال نرى آن مالك العقار المرتفق به يلتزم نحو مالك العقار المرتفق بأداء عمل أو المساهمة فى نفقة • وهو يلتزم بذلك على أساس ملكيته للعقار المرتفق به ، أى بسبب هذه الملكية • ومادام مالكا للعقار المرتفق به فهو ملتزم ، فاذا انتقلت ملكية هذا العقار الـى غيره أصبح من انتقلت اليه الملكية هو الملتزم • فالالتزام هنا أيضا مرتبط بملكية العقار المرتفق به ، ويدور مع هذه الملكية وجودا وعدما • ومـن ثم فهو التزام عينى •

٣ ــ تنص المادة ٢/٨١٤ مدنى على ما يأتى : « فاذا لم يعـد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة . فنفقة اصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه » • فهنا أيضا يلتـزم الشريك فى الحائط المشترك ، اذا احتاج الحائط الى اصلاح أو تجديد. بالمساهمة فى النفقات بنسبة حصته فى الحائط • وهو يلتزم بذلك عـلى أساس ملكيته الشائعة فى الحائط المشترك ، وبسبب هذه الملكية ، ومادام شريكا فى الحائط فهو ملتزم ، فاذا انتقلت ملكيته الى غيره أصبح مـن انتقلت اليه الملكية هو الملتزم • فالالتزام هنا اذن مرتبط بملكية الحائط المشترك ، ويدور مع هذه الملكية وجودا وعدما ، ومن ثم فهو التـزام عينـى •

٤ ــ تنص المادة ١/١٠٦٠ مدنى على أنه « يجوز للدائن المرتهن ، عند حلول أجل الدين ، أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ، الا اذا اختار الحائز أن يقضى الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه » • ويفهم من هذا النص أن الحائز للعقار المرهون رهنـا رسميا ملتزم بدفع الدين المضمون بالرهن ، لا على أساس أن التزاما شخصيا قد ترتب فى ذمته ، بل على أساس ملكيته للعقار المرهـون، وبسبب هذه الملكية • ومادام مالكا للعقار المرهون فهو ملتزم ، فاذا

انتقلت ملكية هذا العقار الى غيره أصبح من انتقلت اليه الملكية هو الملتزم • فالالتزام هنا كذلك مرتبط بملكية العقار المرهون ، ويدور مع هذه الملكية وجوداً وعدما . ومن ثم فهو التزام عينى •

وتكفى هذه الأمثلة لتوضيح ماهو الالتزام العينى • فهو التزام يوافق الالتزام الشخصى . من حيث أنه يجبر مدينا معينا نحو دائن معين على أداء عمل معين • ولكنه يفارق الالتزام الشخصى ، ويوافق الحق العينى . فى خصائص ثلاث هامة :

أولا — يتركز الالتزام العينى فى عين معينه بالذات ، ولا يتناول غيرها من أموال المدين • فهو ، على خلاف الالتزام الشخصى ، لا يكفله ضمان عام (gage commun) على جميع أموال المدين ، ويقتصر فى ضمانه على العين التى ترتب الالتزام بسببها •

ثانيا — وما دام الالتزام العينى لم يترتب الا بسبب ملكية هذه العين ، فانه يدور مع هذه الملكية وجودا وعدما كما قدمنا • فلا ينتقل اذن ، كما ينتقل الالتزام الشخصى ، الى الخلف العام ، بل ينتقل الى من انتقلت اليه ملكية العين ، حتى لو انتقلت الملكية بالميراث ، فان الوارث يصبح ملتزما ، لا باعتباره وارثا . بل باعتباره مالكا للعين • ويتضح ذلك فى الشريعة الاسلامية : فان الوارث باعتباره وارثا لا ينتقل اليه الالتزام الشخصى المترتب فى ذمة مورثه ، بل يبقى هذا الالتزام فى التركة ، اذ لا تركة الا بعد سداد الديون • أما اذا كان الالتزام التزاما عينيا ، فانه ينتقل الى الوارث ، حتى لو كانت أحكام الشريعة الاسلامية هى التى تسرى على الميراث • ذلك أن الالتزام العينى لا ينتقل الى الوارث باعتباره وارثا حتى يمتنع انتقاله وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، بل ينتقل الى الوارث باعتباره مالكا للعين وقد انتقلت اليه الملكية فعلا بالميراث •

ثالثا — كذلك مادام الالتزام العينى لم يترتب الا بسبب ملكية العين ، فان المدين يستطيع أن يتخلص من التزامه بتركة العين أو

التخلي عنها ، ولو كان الالتزام التزاما شخصيا مترتبا فى ذمته ، لما استطاع ذلك ، وقد وردت نصوص صريحة تجيز الترك أو التخلى (abandon, délaissement) ، فيتخلص المدين من الالتزام العينى فى حالة مالك العقار المرتفق به وفى حالة الحائز للعقار المرهون . ففى الحالة الأولى رأينا المادة ١٠٢٢/٢ مدنى تنص على ما يأتى : « فاذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق » . وفى الحالة الثانية رأينا المادة ١٠٦٠ مدنى تنص على أنه « يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون فى يد الحائز لهذا العقار ، الا اذا اختار الحائز أن .... أو يتخلى عنه » .

بقى تكييف الالتزام العينى خصائصه المتقدمة الذكر ، هناك رأى يذهب الى أنه التزام قائم بذاته ، وهو وسط ما بين الحق العينى والحق الشخصى ، وتجتمع فيه بعض خصائص هذا وبعض خصائص ذاك (١) . ولكن الرأى الراجح هو أن الالتزام العينى ليس الا امتداد للحق العينى ، وليس التزاما قائما بذاته . فهو ينشأ بسبب حق عينى موجود ، ويستكمل به صاحب هذا الحق العينى — وهو فى الوقت ذاته الدائن بالالتزام العينى — أسباب نفاذ حقه ، والتمتع بهذا الحق تمتعا كاملا . فالالتزام العينى اذن لا يعدو أن يكون استكمالا لحق عينى ، وليس له كيان مستقل لا كالتزام شخصى ولا كحق عينى (٢).

---

(١) انظر فى هذا المعنى De Juglart رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ .

(٢) انظر فى هذا المعنى Aberkane رسالة من الجزائر سنة ١٩٥٥ — مارتى ورينو ٢ مجلد ٢ فقرة ٧ ص ١٥ .

المطلب الثانى

تقسيم الحقوق العينية والحقوق الشخصية الى عقار ومنقول

١٠١ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار . . . ذلك حق الملكية . وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار » .

« ٢ — ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » (١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٢/١٦ و ٣/١٧ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٨٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٣ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى قانون الملكية العقارية

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادتين ١١٣ و ١/١١٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « م ١١٣ — يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بعقار — م ١/١١٤ — يعتبر مالا منقولا كل ما عدا ذلك من الحقوق المالية » . وفى لجنة المراجعة ادمج النصان فى مادة واحدة ، وعدلت عبارة « كل دعوى تتعلق بعقار » فى المادة الاولى ، فأصبحت « كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار » . فصار النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، واصبح رقمه ٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣ (مجموعة الاعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٠ — ص ٤٧١) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٢/١٦ : الأموال الثابتة هى الحائزة الصفة الاستقرار ، سواء كان ذلك من أصل خلقتها أو بصنع صانع ، بحيث لا يمكن نقلها بدون ان يعتريها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال .

م ٣/١٧ : ما عدا ذلك من الأموال يعد منقولا . والتعبير فى القانون بلفظ امتعه واشياء منقولة وأموال منقولة يشمل بلا فرق جميع المنقولات .

(واحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع احكام التقنين المدنى الجديد) .

اللبنانى المادة ٤ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٢٦ و ٢٧ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى الأردنى (١) .

ويتبين من هذا النص أن القانون يمد تقسيم الأشياء الى عقار ومنقول من الأشياء المادية الى الحقوق . والحقوق أشياء معنوية لا مادية، وهى بهذا الوصف لا تقبل أن تكون عقارا أو منقولا . فالعقار هو الشىء المادى ذو المستقر الثابت بطبيعته كما سبق القول . ولا يصدق هذا على الحق ، ولو كان هذا الحق هو حق الملكية الذى جرت العادة بخلطه بالشىء المادى ذاته الذى يقع عليه . وكذلك الحق لاتكون منقولة ، ولو كانت حقوق ملكية على منقولات تختلط بها . فلا يزال التمييز قائما بين حق الملكية وهو شىء معنوى ، والشىء الذى يقع عليه حق الملكية وهو شىء مادى . ولكن المشرع . تبعا لتقاليد قديمة . قسم الحقوق المعنوية ذاتها الى عقار ومنقول . لا تبعا لطبيعتها بل تبعا لطبيعة المحل الذى تقع عليه . ورتب على هذا التقسيم نتائج قانونية هامة .

وكان المشرع الفرنسى أسبق الى تقسيم الحقوق الى عقار ومنقول ، مراعيا فى ذلك تقاليد القانون الفرنسى القديم الذى كان لا يتقيد كما قدمنا فى التقسيم الى عقار ومنقول بطبيعة الشىء بل بأهميته ، ومع أن المشروع الفرنسى أغفل كثيرا من التقاليد الاقطاعية التى ألغتها الثورة الفرنسية ، الا أنه مع ذلك لم يصل بالتبسيط الى نهايته ، فترك ثغرات

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدنى السورى م ٨٥/١ (موافق) .
التقنين المدنى العراقى لا مقابل .
قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٤ : للعقارات غير المادية هى الحقوق والتأمينات والارتفاقات العينية ، وكذلك الدعاوى التى تتناول عقارا ماديا .
(وتتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى) .
التقنين المدنى الكويتى م ٢٦ : يعتبر عقارا كل حق عينى يقع على عقار .
م ٢٧ : كل ماليس عقارا فهو منقول (واحكام التقنين الكويتى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .
التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل .

بقى فيها الفقه والقضاء غير مستقرين مدة طويلة • فنص فى المادة ٥٢٦ مدنى فرنسى على ما يأتى : « يعتبر عقاراً بحسب المحل الذى يقع عليه: حق الانتفاع بالأشياء العقارية — حقوق الارتفاق — الدعاوى التى ترمى الى استرداد عقار » • فجاء النص ناقصا مبتورا غامضا ، فهو لم يعدد كل الحقوق العقارية اذ اغفل حق الاستعمال وحق السكنى وحق الأمفتيوز ، ولم يبين ماذا يقصد بالدعاوى التى ترمى الى استرداد عقار • ونص فى المادة ٥٢٩ مدنى فرنسى على ما يأتى : « يعتبر منقولا بحكم تعيين القانون (ولم يستعمل التعبير الذى استعمله فى العقار « بحسب المحل الذى يقع عليه » لغير علة ظاهرة) : الالتزامات والدعاوى التى محلها مبالغ من النقود مستحقة أو منقولات ، والاسهم والحصص فى الشركات المالية والتجارية والصناعية حتى لو كانت هناك عقارات تابعة لهذه المشروعات وتملكها هذه الشركات • وتعتبر الأسهم والحصص منقولات بالنسبة الى الشريك وحده وطالما كانت الشركة باقية — وتعتبر أيضا منقولا بحكم تعيين القانون الايرادات الدائمة والايرادات مدى الحياة ، سواء كانت مستحقة على الدولة أو على الأفراد » • وهنا أيضا لم يكن تعداد الحقوق المنقولة كاملا ، فقد أغفل النص الحقوق الشخصية المتعلقة بعقار ، كما أغفل المتاجر وغيرها مما لم يكن قد وصل الى تطوره الحالى وقت صدور التقنين الفرنسى • وانما عنى هذا التقنين بالتركيز على ماكان هاما وقت صدوره ، فتناول الايرادات الدائمة والموقتة واعتبرها كلها منقولا على خلاف تقاليد القانون الفرنسى القديم ، وكذلك تناول الأسهم والحصص فى الشركات التجارية وكانت وقت صدوره لاتزال فى أول مراحل نشوئها •

أما التقنين المدنى المصرى ، وبخاصة التقنين الجديد ، فقد وصل فى التبسيط الى نهايته ، ووضع قاعدة منطقية واضحة ، اذ اعتبر الحقوق العينية التى تقع على العقار عقارا ، ولم يرد بعد ذلك أن يخوض فى تعداد المنقول خشية أن يفوته شىء منه ، فقال : « ويعتبر

مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » • ومن ثم يعتبر منقولا :

١ — الحقوق العينية التى تقع على منقول •

٢ — الحقوق الشخصية التى تتعلق بمنقول •

٣ — الحقوق الشخصية التى تتعلق بعقار •

٤ — أى حقوق شخصية أخرى يكون محلها عملا أو امتناعا عن عمل •

وكذلك فى الدعاوى اتبع نفس القاعدة البسيطة . فالدعاوى بحقوق عقارية تكون عقارا . والدعاوى بحقوق منقولة تكون منقولا (١) •

فنعرض لهذه القواعد المبسطة المنطقية التى أتى بها التقنين المصرى • ولا يحسن الاعتداد كثيرا فى هذا الشأن بالمصادر الفرنسية فقد بينا أنها أتت بحكم تقاليد القانون الفرنسى القديم معقدة غامضة• ومن ثم نستعرض الحقوق والدعاوى العقارية . ثم الحقوق والدعاوى المنقولة •

١ — الحقوق والدعاوى العقارية

١٠٢ — الحقوق العينية الأصلية التى تقع على عقار :

وعلى رأس الحقوق العقارية تقوم الحقوق العينية الأصلية التى تقع على عقار • والعقار الذى تقع عليه الحقوق العينية الأصلية قد يكون عقارا بطبيعته كما هو الغالب ، وقد يكون عقارا بالتخصيص • فجميع الحقوق العينية الأصلية التى تقع على عقارات بالتخصيص تعتبر حقوقا عقارية (٢) •

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧٠ — ص ٤٧١ •

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣ ص ٩٥ •

وأول الحقوق العينية الأصلية هو حق الملكية . والملكية حق ، أى شيء معنوى لا شيء مادى ، ولكن التقاليد التى ترجع الى عهد القانون الرومانى تخلط ما بين حق الملكية والشيء المادى الذى يقع عليه هذا الحق ، نظرا لأن الملكية هى أوسع حق عينى يمكن تصوره ، وهو يستغرق الشيء الذى هو محله استغراقا تاما ، ومن ثم يختلط به فيصبحان شيئا واحدا نتيجة لهذا الخلط (١) . ويخيل فى النظرة السطحية أن حق الملكية هو نفس الشيء المادى المملوك ، فيبدو أن حق الملكية نفسه هو شيء مادى أو هو ذات الشيء المادى الذى يقع عليه الحق . والصحيح أن حق الملكية ، كغيره من الحقوق العينية، شيء معنوى كما قدمنا ، ويجب تمييزه عن الشيء المادى الذى يقع عليه . وقد نبهت الفقرة الأولى من المادة ٨٣ مدنى الى ذلك ، فساوت بين حق الملكية وبين أى حق عينى آخر ، وقالت كما رأينا : « يعتبر مالا عقاريا كل حق عينى يقع على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ... » فحق الملكية اذن يكون حقا عقاريا اذا وقع عقار بطبيعته أو عقار بالتخصيص .

ثم تأتى الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية ، وهذه تكون أيضا حقوقا عقارية اذا وقعت على عقار . ومن هذه الحقوق مالا يقع الا على عقار فيكون حتما من الحقوق العقارية ، وهذه هى حقوق الارتفاق (٢) . وحق السكنى وحق الحكر . ومنها ما يقع على عقار أو

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مناط التفرقة بين حق الارتفاق كحق عينى وبين مجرد الحق الشخصى هو ما اذا كان التكليف على العقار مقررا لفائدة عقار آخر فيكون حق ارتفاق ، أم لفائدة شخص بعقد لا ينشىء الا حقوقا شخصية فيكون حقا شخصيا . لما كان ذلك وكان التخصيص من المالك الأصلى من أسباب كسب الارتفاقات الظاهرة ، فان مجرد اقامة العلاقة الظاهرة بين العقارين وانشاء علاقة تبعية بينهما من شأنه ان يدل على وجود ارتفاق لو ان العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين ولايدل على ان التكليف مقرر لفائدة شخص . كما أن النص على الارتفاق فى عقود الايجار أو عدم لزومه لزوما ضمنيا للعقار المخدوم لا يغير من طبيعته العينية (نقض مدنى فى ١٣ =

منقول كما هو الامر فى حق الملكية ، فاذا وقع على عقار كان حقا عقاريا • وهذه هى حق الانتفاع وحق الاستعمال ، ما وقع منهما على عقار يكون حقــا عقــاريا •

١٠٣ — الحقوق العينية التى تقع على عقار :

كذلك يعتبر حقا عقاريا كل حق عينى تبعى يقع على عقار بطبيعته أو عقار بالتخصيص • ومن هذه الحقوق أيضــا مالا يقع الا على عقــار فيكــون حتمــا عقــاريا ، وهذان همــا حق الرهن الرسمى (١) وحق الاختصاص • ومنها ما يقع على عقار أو يقع على منقول ، فاذا وقع على عقار كان حقا عقاريا • وهذه هى حق رهن الحيازة وحقوق الامتياز •

ولا يعترض على أن الحق العينى التبعى يكون حقا عقاريا اذا وقع على عقار بمقولة ان هذا الحق ضامن لحق شخصى منقول فهو تابع له ، ومن ثم يكون منقولا مثله • ذلك أن الفرع اذا كان يتبع الأصل ، فانما يتبعه فى نشوئه وانقضائه ، ولا يتبعه فى طبيعته ، فقد يكون الأصــل عقارا ويكون التابع منقولا ، وبالعكس قد يكون الأصــل منقولا ويكون التابع عقارا • وينبنى على أن الحق العينى الذى يقع على عقار يكــون حقا عقاريا أن التنازل عن الرهن الرسمى يشترط لصحته أهلية التصرف فى العقار ، ولا تكفى أهلية التصرف فى المنقول (٢) •

١٠٤ — الدعاوى المتعلقة بحق عينى على عقار :

وتعتبر أيضا دعوى عقارية الدعوى المتعلقة بحق عينى على عقار، وتقول العبارة الاخيرة من المادة ١/٨٣ مدنى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد:

= ديسمبر سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٦٨ صفحة ١٩٠٤) •

(١) ويلاحظ أن حق الرهن الرسمى قد يقع على السفينة وهى منقول، فيكون حقا منقولا •

(٢) أو برى ورو ٢ ص ٣١ هامش ٤ — محمد على عرفة فقرة ٨٢ •

« يعتبر مالا عقاريا .. كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار » .

فالدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية الاصلية الواقعة على عقار تكون دعاوى عقارية . وعلى ذلك تكون دعوى عقارية دعوى حق الملكية على عقار اى دعوى الاستحقاق للعقار ، ودعاوى حقوق الارتفاق ايجابا ونفيا (actions confessoires, négatoires) ، فكلها دعاوى عقارية لأن حقوق الارتفاق لاتقع الا على عقار . وكذلك دعوى السكنى ودعوى الحكر دعويان عقاريتان اذ حق السكنى وحق الحكر لايقعان الا على عقار ، وتعتبر دعوى عقارية دعوى حق الانتفاع ودعوى حق الاستعمال ، اذا كان الحق يقع على عقار .

فالدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية الواقعة على عقار تكون دعاوى عقارية . فدعوى الرهن الرسمي ودعوى حق الاختصاص المرفوعتان على حائز العقار دعويان عقاريتان ، اذ لايقع الرهن الرسمي وحق الاختصاص الا على عقار . ودعوى رهن الحيازة ودعاوى حقوق الامتياز المرفوعة على حائز العقار تكون دعاوى عقارية ، اذا وقع حق الرهن الحيازي أو حق الامتياز على عقار .

وتعتبر دعاوى الحيازة — دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة ودعوى وقف الأعمال الجديدة — دعاوى عقارية ، لأنها تحمي حيازة العقار . ولذلك جعل الاختصاص فيها ، كما فى سائر الدعاوى العقارية ، للمحكمة الكائن فى دائرتها العقار .

١٠٥ — دعوى الشفعة :

دعوى الشفعة هي الدعوى التي يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه . والمطالبة بحق الملكية على عقار تقوم على أسباب مختلفة ، فقد يطالب شخص بحق الملكية مستندا الى عقد أو الى ميراث أو الى وصية ، كذلك الشفيع يطالب بحق الملكية مستندا الى حق الأخذ بالشفعة . ومن ثم كانت دعوى الشفعة ، فى رأينا ، دعوى عقارية .

وهناك رأى يذهب الى عكس ذلك ويعتبر دعوى الشفعة دعوى منقولة ، فيقول الأستاذ محمد على عرفة فى هذا المعنى : « فالشفيع

يستند فى طلب الشفعة الى حق خاص خوله اياه القانون ، وهذا الحق وان يكن من طبيعة خاصة ، الا أنه لا يمكن أن يقال بأنه حق عينى، اذ لا سلطان للشفيع على العقار المشفوع فيه حتى يقضى بحقه فى أخـذه بالشفعة • وبذلك تستبعد دعوى الشفعة بطريق الاستقصاء من نطـاق العقارات ، فتكون منقولة طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة ٨٣(١) » •

والذى نراه أن الشفيع انما يطالب بملكية العقار المشفوع فيـه ، فهو لا يطالب بالشفعة والا كانت الشفعة حقا مستقلا عن حق الملكية ، وقد كان اعتبار الشفعة حقا هو الذى حير بعض الفقهاء ، ودفعهـم الى التساؤل هل الشفعة حق عينى أو حق شخصى • وقد بينا (٢) أن الشفعة ليست بحق عينى ولا بحق شخصى ، وانما هى — كالعقد — سـبب من أسباب كسب الملكية • واذا كانت المناقشة لا تجوز فى اعتبار العقـد حقا عينيا أو حقا شخصيا ، كذلك لا تجوز المناقشة فى اعتبار الشـفعة هذا أو ذاك ، ومتى وضعنا المسألة هذا الوضع الصحيح ، وقلنـا أن الشفيع انما يطالب بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية هو الشفعة ، تبين فى وضوح أن الشفعة دعوى يطالب فيها المدعى بملكية عقار ، فهى اذن دعوى عقارية •

ومن ثم ترفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه ، كما هو صريح نص المادة ٩٤٣ مدنى • وقد قيل فى لجنة مجلس الشيوخ ، دفاعا عن استبقاء هذا الحكم بالرغم من أنه من أحكام قانون المرافعات ، انه أريد به دفع الشبهة فيما اذا كانت دعوى الشفعة تعتبر دعوى شخصية أو دعوى عقارية (٣) • فهى اذن دعوى عقـارية بصريح النص •

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٩١ •

(٢) انظر الوسيط الجزء الأول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الأول ، فقرة ٣٣ فى الهامش •

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٩ •

٢ — الحقوق والدعاوى المنقولة

١٠٦ — كل الحقوق والدعاوى التى ليست عقارية تكون منقولة :

وكل الحقوق والدعاوى التى لا تكون عقارية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم تكون منقولة • وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٣ مدنى كما رأينا : « ويعتبر مالا منقولا ماعدا ذلك من الحقوق المالية » فالأصل اذن ، فى الحقوق والدعاوى ، أن تكون منقولة ، مالم تكن حقوقا عينية واقعة على عقار أو دعاوى تتعلق بحق عينى على عقار فتكون عقارية •

فتكون اذن منقولة الحقوق العينية التى تقع على منقول ، أما تلك التى تقع على عقار فتعتبر عقارية كما سبق القول • وتكون كذلك منقولة جميع الحقوق الشخصية ، أيا كان محلها ، منقولا كان أو عقارا أو عملا أو امتناعا عن عمل • ويعتبر منقولا بوجه خاص الايرادات المؤبدة والمؤقتة ، والاسهم والحصص فى الشركات ، والمتاجر ، والحقوق المالية التى ترد على الأشياء غير المادية •

وتعتبر الدعوى منقولة اذا لم تكن دعوى عقارية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فيدخل فى الدعاوى المنقولة ، دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع ، ودعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، ودعاوى الفسخ والابطال والرجوع •

ونستعرض الحقوق والدعاوى المنقولة على الترتيب المتقدم الذكر •

١٠٧ — الحقوق العينية التى تقع على منقول :

تعتبر جميع الحقوق العينية التى تقع علا منقول أموالا منقولة ، سواء كانت هذه الحقوق العينية أصلية أو تبعية ، وسواء كان المنقول منقولا بطبيعته أو منقولا بحسب المال •

فالحقوق العينية الأصلية التى تقع على منقول ، فتعتبر منقولا ، هى أولا حق الملكية • وحق الملكية يختلط بالمنقول ، كما رأيناه يختلط بالعقار ،

فيخيل في النظر السطحي أن حق الملكية على منقول هو المنقول ذاته . والصحيح أن حق الملكية غير الشيء المنقول . فحق الملكية شيء معنوي في حين أن المنقول محل الحق شيء مادي . ومن ثم يعتبر حق الملكية على منقول حقا أو مالا منقولا ، لا شيئا منقولا . وبعد حق الملكية تأتي الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عنه والتي يمكن أن تقع على منقول : وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال اذا وقعا على منقول فيعتبران من الأموال المنقولة . أما حق السكنى وحقوق الارتفاق وحق الحكر ، فقد رأينا أنها لا تقع الا على عقار . ومن ثم تكون هذه الحقوق دائما أموالا عقارية كما قدمنا .

بقيت الحقوق العينية التبعية : وهذه أيضا تكون أموالا منقولة اذا وقعت على منقول . فحق رهن الحيازة وحقوق الامتياز تكون أموالا منقولة اذا وقعت على منقول . أما حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص فهذان لا يقعان الا على عقار ، ومن ثم لا يكونان الا أموالا عقارية كما سبق القول .

١٠٨ — الحقوق الشخصية أيا كان محلها :

والحقوق الشخصية ، أيا كان محلها ، تعتبر أموالا منقولة . والحق الشخصي يكون محله اما اعطاء شيء منقول أو عقار ، أو عملا ويدخل فيه تسليم منقول أو عقار ، أو امتناعا عن عمل .

وظاهر أن الحق الشخصي اذا كان محله اعطاء شيء منقول ، أي التزاما بنقل ملكية منقول أو بنقل حق عيني عليه ، كالالتزام بنقل ملكية عشرة قناطير من القطن مثلا ، فانه يعتبر مالا منقولا .

فاذا كان محل الحق الشخصي عقارا ، كالالتزام بنقل ملكية عقار في بيع غير مسجل ، فان الحق يكون حقا شخصيا متعلقا بعقار ، ويكون مالا منقولا . والقانون الفرنسي على غير هذا الحكم . فعنده أن الحق الشخصي المتعلق بعقار يكون مالا عقاريا . والسبب في ذلك عدم صراحة النصوص في التقنين المدني الفرنسي . فالمادة ٥٢٦ مدني فرنسي تجعل

الحق العيني الواقع على عقار مالا عقاريا ؛ والمادة ٥٢٩ مدني فرنسي تجعل الحق الشخصي المتعلق بمنقول مالا منقولا ، وقد أغفلت هذه النصوص الحق الشخصي المتعلق بعقار فانفتح باب الاجتهاد فيه ، والرأي السائد هناك أنه مال عقاري (١) • أما التقنين المدني المصري فنصوصه أكثر صراحة ، اذ هو قد اعتبر في المادة ١/٨٣ مدني الحق العيني الواقع على عقار مالا عقاريا ؛ واعتبر في المادة ٢/٨٣ مدني ما عدا ذلك من الحقوق — ويدخل فيها الحق الشخصي سواء تعلق بمنقول أو بعقار مالا منقولا (٢) • ويكثر في القانون المصري أن يوجد الحق الشخصي المتعلق بعقار ؛ وخير مثال له الالتزام بنقل ملكية العقار المتولد عن عقد البيع غير المسجل • ففي هذا المثال يكون الالتزام مالا منقولا دون شك ، وذلك بالرغم من أن الالتزام اذا نفذ بتسجيل عقد البيع فان المشتري يؤول اليه حق ملكية على عقار أي حق عقاري (٣) •

---

(١) بودري وشوفو فقرة ١٠٩ — ديمولومب ٩ فقرة ٣٧٢ فقرة ٣٧٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ ص ٩٦ •

(٢) محمد علي عرفة فقرة ٨٦ — وكان مقتضى أن يكون الحق الشخصي المتعلق بعقار مالا منقولا أن تكون الدعوى المتعلقة بهذا الحق هي أيضا دعوى منقولة لا دعوى عقارية ، فتكون اذن من اختصاص محكمة المدعى عليه لا من اختصاص محكمة العقار ، ومع ذلك فان المادة ٢/٥٠ مرافعات تنص على ما يأتي : « وفي الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه » . وكان الواجب أن تكون الدعوى ، وهي منقولة ، من اختصاص محكمة المدعى عليه وحدها « انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة فقرة ٨٧ » . ولكن نصوص تقنين المرافعات لم تنسق مع نصوص التقنين المدني ، فوقع هذا التناقض .

(٣) أما في فرنسا فيندر أن يوجد مثل الحق شخصي يتعلق بعقار ، لأن البيع غير المسجل هناك ينقل ملكية العقار المعين بالذات في الحال فيما بين المتعاقدين ، فلا تكون هناك فترة من الوقت يقوم فيها الحق الشخصي المتعلق بالعقار حتى يقال ان هذا الحق الشخصي يعتبر مالا عقاريا وذلك قبل انتقال الملكية . فلا يبقى الا ان نفترض ان التزاما بنقل ملكية عقار نشأ دون أن تنتقل الملكية في الحال ، كما لو باع شخص ألف متر من أرض ذات مساحة أوسع ، فلا تنتقل الملكية في هذه الحالة الا بعد فرز الأرض المبيعة ، وقبل ذلك يقوم التزام بنقل ملكية عقار دون أن تنتقل الملكية . ويكون هذا الالتزام في فرنسا مالا عقاريا ، أما في مصر فقد رأينا أنه يعتبر مالا منقولا .

والحق الشخصي اذا كان محله تسليم شيء فانه يكون مالا منقولا ، حتى لو كان الشيء الواجب التسليم عقارا ، ومن باب أولى لو كان هذا الشيء منقولا . فالمستأجر لعقار أو لمنقول ، حقه الشخصي قبل المؤجر في تسلم العين المؤجرة يعتبر حقا منقولا .

واذا كان محل الحق الشخصي عملا كان الحق منقولا . حتى لو كان مآل هذا العمل أن يخلص لصاحب الحق ملكية عقار . فالمقاول الذي يلتزم ببناء منزل قد التزم بعمل ، فيكون هذا الالتزام مالا منقولا . ولو أن تنفيذ الالتزام يؤدي الى قيام منزل وهو عقار تخلص ملكيته لرب العمل (١) .

واذا كان محل الحق الشخصي امتناعا عن عمل ، كحق صاحب المتجر في عدم منافسة البائع له ، كان هذا الحق هو أيضا منقولا .

١٠٩ ـ الايرادات المؤبدة والمؤقتة :

تقدم بحث الايرادات المؤبدة أو الدخل الدائم في الجزء الخامس من الوسيط (٢) . ورأينا أن الصورة الغالبة في الدخل الدائم هي ما تعقده الدولة من قروض داخلية . فتعقد الدولة قرضا في صورة سندات تصدرها متساوية في قيمها الاسمية . فيكتتب المقرض في السند ، ويقرض الدولة القيمة الاسمية لهذا السند على أن يتقاضى منها دخلا سنويا هو الفائدة التي تحدد الدولة سعرها .

وسبق أيضا أن بحثنا الايراد الموقت أو المرتب مدى الحياة في الجزء السابع من الوسيط (٣) . ورأينا أنه يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي الى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض . ويكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية . ورأينا كذلك أن المرتب مدى الحياة

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤ ص ٩٧ .
(٢) الجزء الخامس ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٣١٩ وما بعدها .
(٣) الجزء السابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٥١٦ وما بعدها .

على خلاف المرتب الدائم : لا يبقى الا مدى حياة من رتب الايراد على حياته . فاذا مات هذا انقضى المرتب . وفي جميع الأحوال يكون المستحق للمرتب دائنا للملتزم بالمرتب بحق شخصي ، محلة عادة مبلغ من النقود .

وهذه المسائل قد سبق بحثها بالتفصيل ، فلا نعيد بحثها هنا . وانما أشرنا اليها هذه الاشارة الموجز لنقرر أن الحق الشخصي الثابت لصاحب الدخل الدائم ، أو الثابت للمستحق للمرتب مدى الحياة ، انما هو مال منقول ، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق الشخصية .

وهذه المسألة على وضوحها لم تكن على هذا القدر من البساطة في القانون الفرنسي القديم . فقد كان هذا القانون يعتبر الدخل الدائم مالا عقاريا لأهميته . إذ كانت صفة العقار أو المنقول تتوقف في بعض الحالات على أهمية المال (١) . فأراد التقنين المدني الفرنسي أن يرد الأمور الى وضعها الصحيح ، وأن يعتبر كل ايراد ، سواء كان دائما أو مرتبا مدى الحياة ، مالا منقولا . فنص صراحة في الفقرة من المادة ٥٢٩ منه على أن « يعتبر أيضا منقولا ، بحكم تعيين القانون ، الايرادات الدائمة والايرادات مدى الحياة ، سواء كانت مستحقة على الدولة أو على الأفراد » .

١١٠ — الأسهم والحصص في الشركات :

نصيب الشريك في شركات الأموال (الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم) يحسب بالأسهم (actions) . أما نصيب الشريك في شركات الأشخاص (شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة والشركات ذات المسئولية المحدودة والشركات المدنية) فيحسب بالحصص (intérrets) .

ولو لم تكن الشركة شخصا معنويا ، لكان مالها مملوكا مباشرة

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١٣ .

للشركاء ، ولكان للشريك حق ملكية فى الشيوع على هذا المال بقدر نصيبه، ولكان يترتب على ذلك أن حق الملكية هذا وهو حق عينى اذا وقع على منقول للشركة يكون مالا منقولا . أو وقع على عقار يكون مالا عقاريا . وتكون النتيجة المترتبة على ذلك أن الأسهم والحصص تكون أموالا منقولة أو أموالا عقارية بحسب طبيعة مال الشركة . فما وقع منها على منقول يكون منقولا ، وما وقع منها على عقار يكون عقارا (١) .

ولكن الشركات جميعا . التجارية والمدنية ، لها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركاء . وهذه الشخصية من شأنها أن تغير من طبيعة الأسهم والحصص . ذلك أن مال الشركة لا يكون مملوكا للشركاء ، وانما يملكه ذلك الشخص المعنوى الذى تتمثل فيه الشركة . ويكون بالنسبة الى الشركة عقارا أو منقولا بحسب طبيعته على التفصيل الذى بسطناه فيما تقدم . أما الشركاء فليس لهم حق ملكية على مال الشركة ، وانما يملكون أسهما أو حصصا تمثل أنصبتهم فى أرباح الشركة وفى خسائرها ما دامت الشركة قائمة ، وتمثل أنصبتهم فى مال الشركة بعد حلها وصيرورة هذا المال مملوكا مباشرة للشركاء . وهذه الأسهم والحصص ليست الا حقوقا شخصية للشريك قبل الشركة . ومادامت حقوقا شخصية فهى أموال منقولة . حتى لو كانت أموال الشركة كلها أموالا عقارية .

ويترتب على أن السهم أو الحصة فى الشركة هو حق شخصى منقول نتائج نذكر منها :

١ — أن صاحب السهم أو الحصة اذا تصرف فيه ، فانما هو يتصرف فى منقول لا فى عقار . ويراعى ذلك فى تحديد أهليته للتصرف ، أو فى تحديد مدى ولايته اذا كان وليا على صاحب السهم أو الحصة .

٢ — تتم هبة الأسهم والحصص بالقبض ، دون حاجة الى ورقة

---

(١) وهذا هو الحكم فى شركات المحاصة ، اذ ليست لهذه الشركات شخصية معنوية ، فيعتبر مال الشركة ، عقارا كان او منقولا ، مملوكا مباشرة للشركاء .

رسمية ، لأن الأسهم والحصص أموال منقولة لا أموال عقارية .

٣ ـ يستطيع الولى أن يشترى أسهما أو حصصا من شركات يكون فيها محجوره شريكا ، دون أن يعتبر متعاقدا مع محجوره بما يستتبع ذلك من اجراءات قررها القانون ، لأنه انما يتعاقد مع الشركة لا مع المحجور .

٤ ـ الأسهم والحصص لا يحجز عليها حجز العقار ولو كانت أموال الشركة عقارا ، وانما يحجز عليها حجز ما للمدين لدى الغير ، أو حجز المنقول اذا كانت لحاملها .

٥ ـ اذا أوصى شخص لشخص آخر بمنقولاته ، دخل فى هذه المنقولات ما عسى أن يكون للموصى من أسهم وحصص فى الشركات .

٦ ـ اذا كان فى مال الشركة عقار ، لم يجز للشريك أن يرهنه رهنا رسميا كما لا يجوز لدائنه أن يأخذ عليه حق اختصاص . والشركة وحدها هى التى تستطيع رهن العقار ويستطيع دائنها أن يأخذ على العقار حق اختصاص ، لأن العقار مملوك للشركة لا للشريك . وليس للشريك الا حق شخصى منقول ، لا يجوز رهنه رهنا رسميا ولا يجوز أخذ حق اختصاص عليه (١) .

١١١ ـ المتاجر :

يعتبر المتجر (fonds de commerce) مجموعة من المال (universalité) تشتمل على عناصر مختلفة ، منها المادى كالبضائع والأثاث والمهمات ، ومنها غير المادى كالحق فى الايجار وحق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجارى والعلامة التجارية وبراءات الاختراع . ومجموع هذا كله ، ويشمل ملكيات غير مادية من صناعية وأدبية وفنية ، يمكن أن يطلق عليه الملكية التجارية .

وقد اعتبر الفقه والقضاء فى فرنسا ، قبل صدور قانونى أول مارس

---

(١) انظر فى هذه النتائج بودرى وشوفو فقرة ١٢٧ ـ فقرة ١٢٨ ـ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١٥ .

سنة ١٨٩٨ و ١٧ مارس سنة ١٩٠٩ ، أن المتجر وحدة قائمة بذاتها ، مستقلة عن عناصرها المادية وغير المادية ، وتفنى غير فيها هذه العناصر حتى ليصبح المتجر مالا ذا كيان مستقل . وهو مال منقول غير مادى (١) . فاجازا بيع المتجر فى مجموعه بما يشتمل عليه من عناصر . كما أجازا رهنه على هذا النحو . ثم أتت تشريعات أول مارس سنة ١٩٨٩ و ١٧ مارس سنة ١٩٠٩ تؤكد هذا المعنى .

وفى مصر صدر قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها . وهو يجيز كما فى فرنسا بيع المتجر ورهنه ، تيسيرا للائتمان التجارى والصناعى . وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون : « ولئن ساغ أن يخضع المحل التجارى لنفس الأحكام التى تسرى على الأموال المنقولة الأخرى قبل أن تبدو فى البلاد بوادر نهضتها التجارية والصناعية : فان الظروف المتصلة بهذه النهضة قد اقتضت تغييرا هاما فى الفكرة المعروفة عن المحل التجارى . حيث أصبح يعتبر مجموعة قانونية تشمل عدا المقومات المادية مقومات غير مادية لها المكان الأول فى المعاملات ، وهى العنوان والاسم التجارى والحق فى الاجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والرسوم والنماذج . وما الى ذلك من حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية المرتبطة بالمحل . ولما كانت أحكام التشريع الحالى لا تساعد على نمو النهضة التجارية والصناعية ، وتقف حجر عثرة فى سبيل التسليف الصناعى الذى يعتبر من أهم العوامل فى نمو الصناعة ؛ بل هو من مقومات حياتها وازدهارها ، فقد رؤى ضرورة تعديل التشريع الحالى بما يكفل :

---

(١) ريبير فى القانون التجارى فقرة ٤٥٢ وما بعدها — اسكارا فى القانون التجارى فقرة ٤٤٩ وما بعدها — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٩ ص ١١١ — ص ١١٢ — نقض فرنسى ١٣ مارس سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ — ١ — ٣٥١ — باريس ٧ اغسطس سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ٢ — ٤٣٧ — ٤ نوفمبر سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٩ — ٢ — ١٩٦ — ٢٣ مايو سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ — ٢٠ — ٦٧ هـ

١ ـ تنظيم حق امتياز البائع ودعوى الفسخ المترتبة على عدم دفع الثمن صيانة لحق البائع ، مع المحافظة على حقوق الدائنين الآخرين .

٢ ـ اباحة رهن المحل وما يشتمل عليه من مهمات وآلات رهنـاً تأمينيا تبقى معه فى حيازة صاحبها ، اقتداء بما سارت عليه الشرائـع الأجنبية الحديثة (فرنسا ـ بلجيكا ـ اليونان) . ويرمى المشروع المرافق الى تحقيق هذين الغرضين » .

ونرى من ذلـك أن المتجر فى مصر ، كما هو فى فرنسـا ، يعتبر مجموعا يشتمل على عناصر مادية وعناصر غير مادية (١) . ولما كان الحق هنا حقا عينيا يقع على مجموع من المال أى على شيء غير مادى ، فانه يصبح مالا منقولا . ذلك أن المال العقارى يجب أن يكون حقا عينيا يقع على عقار مادى . وما عدا ذلـك فهو منقول كما سـبق القـول . فالمتجر اذن يعتبر مالا منقولا غير مادى .

وهو كمنقول غير مادى لا يخضع للقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية . لأن هذه القاعدة لا تخضع لهـا الا المنقولات المادية . وهو أيضا ، خلافا للمنقولات المادية ، يمكن رهنه دون أن تنتقل حيازته من مالكه الى الدائن المرتهن . وهذه الخاصية من أهم خصائصه، ومن أجلها بوجه خاص وضع تشريع سنة ١٩٤٠ فى مصر تيسيرا للائتمان التجارى والصناعى كما ورد فى المذكرة التفسيرية على ما رأينا . ولكن المتجر ، كمنقول ، لا يجوز أن يتقرر عليه حقوق ارتفاق ولا تقبل فى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان المقرر فى قضائها ان المتجر يشـمل جمـيع عناصره من ثابت ومنقول ومن مقومات مـادية ومعنوية ، كالعملاء والسمعة التجارية والحق فى الاجارة ، وان هذه المقومات المعنوية هى عمـاد فكرته واهم عناصره ولا يلزم توافرها جميعا لتكوينه ، بل يكتفى بوجـود بعضها ، ويتوقف تحديد العناصر التى لا غنى عنها لوجود المحل التجـارى على نوع التجارة التى يزاولها المحل والتى تواثم طبيعته (نقض مدنى فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ رقـم ١٣١ صـفحة ٧٠٠) .

شأنه دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، فكل هـــذا لا يجـــوز الا فى العقـــار (١) .

هذا ومع أن المتجر مجموع من المال ، الا أن هذا المجموع لا يتمتع بالشخصية المعنويه . فهو فى ملك صاحبه كمجموع منقول غير مادى ، ولكنه لا يكون ذمة مالية مستقلة ، بل يدخل فى عموم الذمة المالية لصاحب المتجر . ومن ثم فلجميع الدائنين الشـــخصيين لصـــاحب المتجر التنفيذ على المتجر ، حتى لو لم يكونوا دائنين للمتجر بالذات (٢) .

١١٢ ـــ الحقوق المالية التى ترد على الأشياء غير المادية :

سنعرض بالتفصيل للأشياء غير المادية والحقوق التى ترد عليها . وعندئذ نكيف حق المؤلف والفنان والمخترع ونحو ذلك لنرى أى نوع من الحقوق هو .

وأيا كانت طبيعة هذا الحق ، فانه فى جميع الأحوال يقع على شىء غير مادى ، ومن ثم يكون مالا منقولا . شأنه فى ذلك شأن المتجر فيما قدمناه . ذلك أنه حتى يكون عقارا يجب أن يكون حقا عينيا واقعا على عقار ، وهو لا يقع على عقار بل على شىء غير مادى كما قدمنا . ومادام ليس عقارا فهو اذن منقول (٣) .

ويؤيد ذلك ما ورد فى المذكرة الايضاحية للمادة ٨٣ مدنى . فقد جاء فيها ما يأتى : « يعتبر مالا منقولا جميع الحقـــوق والدعاوى العينية

---

(١) محسن شفيق ١ فقرة ٥٨٣ ـــ محمد على عرفة ١٠٦ ص ١٢٥ .

(٢) انظر فى هـــذا المعنى ريبير فى القـــانون التجارى فقـــرة ٤٥٢ ـــ اسكارا فى القانون التجارى فقرة ٢٥٠ ـــ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٨ ص ١١٣ ـــ وانظر مع ذلك فى أن للمتجر شخصية معنوية Valéry فى حوليات القانون التجارى سنة ١٩٠٢ ص ٢٠٩ ـــ ص ٣٠١ ـــ Papp فى الطبيعة القانونية للمتجر رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ ـــ Crémieu فى المتجـــر كمجموعة قانونية فى مجلة المتاجر سنة ١٩٣٥ ص ٣١١ ـــ تعليق شوفو فى المتجر كذمة مالية بالتخصيص داللوز الأسبوعى سنة ١٩٢٩ Chr. ص ٩٧ .

(٣) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقـــرة ١٠٩ ص ١١٢ ـــ محمد على عرفة : فقرة ٤٠١ ص ١٢٣ .

والشخصية المتعلقة بعقار ، والحقوق المتعلقة بشيء غير مادي أي حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية وما شابهها » (١) .

١١٣ — الدعاوى المنقولة — دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع — دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن :

أما الدعاوى المنقولة فهي الدعاوى غير المتعلقة بحق عيني على عقار ، ذلك أن الدعاوى المتعلقة بحق عيني على عقار هي دعاوى عقارية كما قدمنا (٢) ، فكل ما عداها تكون دعاوى منقولة .

فالدعوى المتعلقة بحق عيني على منقول ، بما في ذلك حق الملكية ، تكون دعوى منقولة . وعلى ذلك تكون دعوى منقولة دعوى الاستحقاق للمنقول ، ودعاوى حق الانتفاع وحق الاستعمال اذا كان الحق يقع على منقول . كذلك تكون دعوى منقولة دعوى رهن الحيازة على المنقول ، ودعوى حق الامتياز على المنقول .

والدعوى المتعلقة بحق شخصي : سواء تعلق الحق بعقار أو بمنقول ، تكون دعوى منقولة . وعلى ذلك تكون دعوى منقولة دعوى الالتزام الشخصي بنقل ملكية أو بنقل حق عيني : سواء تعلق ذلك بمنقول أو بعقار ، ودعوى الالتزام بتسليم منقول أو بتسليم عقار : ودعوى الالتزام بتسليم منقول أو بتسليم عقار ، ودعوى الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل .

ومن أمثلة دعاوى الالتزام الشخصي بنقل ملكية عقار دعوى صحة التعاقد في بيع العقار ، فهذه تكون دعوى منقولة ولو أن البيع يقع على عقار . ذلك أن دعوى صحة التعاقد تقوم على الأساس القانوني الآتي: يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاما بتمكين المشتري من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الأخير يمكن تنفيذه عينا وتسمح طبيعته أن

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٠ — ص ٤٧١ .
(٢) انظر آنفا فقرة ١٠٤ .

يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ العيني (م ٢١٠ مدني) (١) .
فدعوى صحة التعاقد اذن هي دعوى يطلب فيها المشتري من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينيا في عقد بيع صحيح نافذ (٢) . واذا كانت دعوى صحة التعاقد دعوى منقولة . فمن باب أولى تكون دعوى صحة التوقيع دعوى منقولة . ذلك أن المشترى في دعوى التوقيع يقتصر على المطالبة بان يقر البائع بأن ورقة البيع العرفية هي بامضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه (٣) ، فهي ليست بدعوى حق عيني على عقار . ومن ثم تكون دعوى منقولة . ويترتب على ذلك أن كلا من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع تكون من اختصاص محكمة المدعى عليه ، لا من اختصاص محكمة العقار (٤) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد يقصد بها رافعها المشتري اجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع الى المشتري تنفيذا عينيا . (نقض مدني في ٣١ يناير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٧٢ صفحة ٢٦٦) .

(٢) الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٢٧٤ ص ٤٨٨ هامش ٢ — وقد نص قانون تنظيم الشهر العقاري (م ٢/١٥) على انه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية » . ويترتب على تسجيلها « أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى » .

وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود من طلب صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد ، فيكون في معنى هذا الطلب أن ملكية العقار لم تنتقل بعد الى المشتري ، ولذا فان الحكم به متناقضا اذا ما اجتمع مع قضاء بتثبيت ملكية ذات المشتري لهذا العقار لما يفيده هذا القضاء بطريق اللزوم الحتمي من ثبوت اكتساب المشتري لملكية العقار فعلا ، مع أن الحكم أو العقد لم يسجل بعد ومن ثم يكون الحكم مخالفا للقانون (نقض مدني في ٢١ فبراير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ١١٢ صفحة ٥٧٣) .

(٣) الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٢٧٥ ص ٤٩٧ .

(٤) هذا وقد ورد في الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٢٧٤ ص ٤٩٠ هامش ٢ ما يأتي : « ودعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية ، فتكون من اختصاص المحكمة التي يقع فيها العقار كالدعاوى العينية ، أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه كالدعاوى الشخصية =

وكذلك تعتبر دعوى منقولة دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، ولو أن المبيع يكون دائما فى هذه الدعوى عقارا مملوكا لغير كامل الأهلية . ذلك أن البائع فى هذه الدعوى انما يطالب بتكملة الثمن الى أربعة أخماس القيمة الحقيقية للمبيع . فهو يطالب بمبلغ من النقود ، ودعاوى المطالبة بمبالغ من النقود تكون دائما دعاوى منقولة (١) .

١١٤ — دعاوى الفسخ والابطال والرجوع :

فى هذه الدعاوى لا يطالب المدعى بحق شخصى ولا بحق عينى ، وانما هو يطالب بفسخ عقد كبيع عقار لم يدفع فيه الثمن . أو بابطال عقد يقع على عقار بسبب نقص الاهلية أو عيب فى الرضاء . أو بالرجوع فى عقد كالرجوع فى عقد هبة عقار حين يمكن الرجوع . وقد ورد فى شأن هذه الدعاوى نص غامض فى التقنين المدنى الفرنسى ، يقضى بأن « الدعاوى التى ترمى الى استرداد عقار » (les actions qui tendent à revendiquer un immeuble) تكون دعاوى عقارية (٥٢٦ مدنى فرنسى) . ويفسر هذا النص فى فرنسا بأن المقصود منه هو دعاوى الفسخ والابطال والرجوع فى عقود واقعة على عقار (٢) .

أما فى التقنين المدنى المصرى ، فهذه الدعاوى ليست دعاوى عقارية لأنها لا تتعلق بحق عينى واقع على عقار ، فلا مناص اذن من اعتبارها دعاوى منقولة طبقا لنص المادة ٨٣ / ٢ مدنى (٣) . واذا كان القضاء

= (م ٥٠ / ٢ مرافعات — استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨) » . وقد جرينا فى هذا القول على حكم تقنين المرافعات (م ٥٠ / ٢) وعلى حكم القضاء قبل صدور التقنين المدنى الجديد . والصحيح أنه بعد صدور التقنين المدنى الجديد . وهو متعارض مع تقنين المرافعات كما قدمنا ، أصبحت دعوى صحة التعاقد من اختصاص محكمة المدعى عليه وحدها دون محكمة العقار (انظر فى هذا المعنى محمد على عرفة فقرة ٨٨ ص ١١٠) .

(١) محمد كامل مرسى ١ ص ٩٢ — محمد على عرفة فقرة ٨٩ .

(٢) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥ ص ٩٨ — ص ٩٩ .

(٣) انظر فى هذا المعنى محمد على عرفة فقرة ٩٠ — وقارن محمد كامل مرسى ١ ص ٩١ وص ٩٢ .

المصرى قد تردد فى عهد التقنين المدنى القديم (١) • فلا مجال للتردد فى ظل التقنين المدنى الجديد • ففيه نص صريح يقضى بأن جميع الدعاوى التى لا يطالب فيها بحق عينى على عقار تكون دعاوى منقولة (م ٨٣/٢ مـــدنى) •

المبحث الثـــانى

الحـــق العينى

المطلب الأول

خصائص الحـــق العينى

١١٥ ــ خصائص الحق العينى ترجع الى أن هذا الحق هـــو سلطة مباشرة للشخص على شىء معين :

قدمنا أن الحق العينى هو سلطة مباشرة للشخص على شىء معين • ومن هذا الوضع نستمد أهم خصائص الحق العينى :

١ ــ فلأن الحق العينى هو سلطة مباشرة للشخص عـــلى شىء معين ، كان محل الحق العينى هو البارز فى حين أن المدين بالحـــق العينى يختفى •

---

(١) فقد قضت محكمة استئناف مصر ، فى عهد التقنين المدنى القديم ، بأن الدعوى التى يطلب فيها فسخ عقد بيع أو الحكم بباقى الثمن هى دعوى عينية شخصية يجـــوز رفعها أمام المحكمة التى فى دائرتها العقار المبيع (استئناف مصر ٢٣ ابريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقـم ٩٢ ص ١٣٦) • وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن الدعوى المقامة ببطلان عقد بيع عقار ما ومحو ما يترتب عليه من تسجيلات هى دعوى عينية يجب رفعها الى المحكمة الكائن فى دائرة اختصاصها محل العقار المذكور (استئناف أسيوط ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٤٣٣) • وقضت أيضا بأن الطلب ببطلان عقود البيع يستند الى حقين : أحدهما شخصى مســـتفاد من العقـــود المطلوب بطلانها ، والثانى عينى أساسه الحق العينى الذى يسترده رافع الدعوى كنتيجة لانحلال تلك العقود (استئناف أسيوط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٣٣) •

٢ — ولأن الحق سلطة على الشيء ، أمكن لصاحبه التخلي عن الشيء اذا أراد التخلص من الالتزامات العينية الواجبة عليه بحكم ملكيته للشيء •

٣ — ولأن الحق سلطة على الشيء . أمكن أن تقوم الحيازة المادية في الحقوق العينية •

٤ — وهذه السلطة على الشيء تمكن صاحب الحق العيني من تتبعه في أي يد كان الشيء •

٥ — وكذلك تمكن هذه السلطة صاحب الحق العيني من التقدم على غيره في الشيء محل الحق •

ونستعرض تباعا هذه الخصائص الخمس ؛ وهي من أهم خصائص الحق العيني •

١١٦ — محل الحق العيني هو البارز أما المدين بالحق فيختفي :

سبق أن قررنا (١) أن « المهم في الحق العيني ليس هو تعيين المدين ؛ اذ لا مدين في الحق العيني كما قدمنا . بل هو تعيين الشيء محل الحق اذ لا يمكن أن يترتب حق عيني الا على شيء معين بالذات • أما المهم في الحق الشخصي فليس تعيين الشيء محل الحق اذ يجوز أن يتعلق الحق الشخصي بشيء غير معين اذا كان قابلا للتعيين ، وانما المهم في الحق الشخصي هو تعيين المدين اذ لا يقوم حق شخصي الا بمدين يترتب في ذمته الالتزام » • ولما كان تعيين المحل هو أمر جوهري في الحق العيني ، فانه لا يتصور قيام حق عيني دون أن يتعين محله • ومن ثم لا يمكن أن نتصور مالكا لشيء مستقبل ، أو لشيء غير معين بالذات على أن يعين فيما بعد • وكل ما يمكن تصوره في هذا الصدد أن يكون الشخص دائنا — لا مالكا — بشيء مستقبل أو بشيء غير معين بالذات ، ففي الذائنية (أي في الحق الشخصي) لا يهم أن يكون المحل

---

(١) انظر آنفا فقرة ٩٩ .

معينا بالذات وانما المهم أن يكون المدين هو المعين بالذات (١) . وهذا على خلاف الحق العيني فيما قدمناه .

كذلك يختلط الحق العيني بمحله المعين بالذات . ويشاركه في قيامه كيانا مستقلا واجب الاحترام على الناس كافة ، فهو حق مطلق يحتج به على الجميع (egra omnes) . وهذا بخلاف الحق الشخصي فهو حق نسبي اذ هو رابطة بين شخصين ، فلا يحتج به في الأصل الا على هذين الشخصين (٢) .

١١٧ — التخلي عن الشيء في الحق العيني :

واذا أصبح صاحب الحق العيني ملتزما بالتزامات عينية بسبب هذا الحق العيني ، فانه يستطيع التخلي (déguerpissement, délaissement) عن حقه فيتخلص بذلك من هذه الالتزامات العينية (٣) ، في حين أن هذه الالتزامات العينية لو كانت التزامات شخصية لم يكن يستطيع أن يتخلص منها حتى بالتخلي . ذلك أن الالتزام الشخصي رابطة فيما بين شخصين، فالمدين لا يستطيع أن يتخلص من هذه الرابطة الا برضاء الدائن ولو تخلى عن الشيء الذي يتعلق به الالتزام الشخصي . أما الحق العيني فسلطة للشخص على الشيء . فيجوز لصاحب هذه السلطة أن يتخلى عنها بارادته وحده . ومتا تخلى عنها فقد زال سبب وجوب الالتزامات العينية، ومن ثم يتخلص منها (٤) كما سبق القول .

١١٨ — الحيازة في الحق العيني :

والحق العيني قابل للحيازة المادية ، وبخاصة حق الملكية ، اذ يحوز صاحب الحق الشيء محل الحق حيازة مادية وتكون هذه الحيازة هي عنوان السلطة القانونية التي يباشرها صاحب الحق على الشيء . ومن

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣ — كاربونييه ص ٣٦ .
(٢) كاربونييه ص ٣٦ .
(٣) انظر آنفا فقرة ١٠٠ .
(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦ .

أجل ذلك أمكن أن يتملك الشخص الحق العينى بالتقادم ، فان هذا الحق قابل للحيازة المادية ، فمتى انقضت المدة اللازمة للتقادم كسب الحائز الحق • أما الحق الشخصى فهو رابطة ما بين شخصين ، فحيازته اذا أمكن تصورها ، فانها تتصور على نحو آخر غير النحو الذى تتصور عليه الحيازة المادية للحق العينى • ذلك أن حيازة الحق الشخصى انما تكون لا بموجب حيازة مادية حقيقية . بل بموجب أن يظهر الشخص مظهر صاحب الحق الشخصى فيستعمله كما لو كان هو صاحبه حقيقية • ومن ثم لا يتملك الحق الشخصى بالتقادم ، فان التقادم يقتضى حيازة مادية (١) •

١١٩ — التتبع فى الحق العينى :

صاحب الحق العينى يتتبعه . ليس فى يد المالك فحسب . بل أيضا فى يد أى شخص آخر انتقلت اليه الملكية من المالك . وهذا ما يسمى بحق التتبع (droit de suite) .

ففيما يتعلق بالحقوق العينية الأصلية ، لا يتصور أن يتتبع حق الملكية فى يد من انتقل اليه هذا الحق ، الا اذا قيل ان حق التتبع يستعمل هنا اذا انتقلت حيازة الشىء ـ لا ملكيته : فعند ذلك يستعمل المالك حق تتبعه تحت يد من انتقلت اليه الحيازة (٢) • ولكن استرداد المالك الشىء من تحت يد الحائز ليس فى الواقع من الأمر استعمالا لحق التتبع ، بل هو

---

(١) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧ — وقد سبق لنا تعليل عدم امكان كسب الحق الشخصى بالتقادم تعليلا آخر فى الجزء الأول من الوسيط ، فقلنا : « ويلاحظ كذلك أن الحق العينى يكسب بالتقادم ، اما الحق الشخصى فلا . والسبب فى ذلك لا يرجع الى ان الحيازة ، وهى التى يستند اليها التقادم المكسب ، ترد على الحق العينى دون الحق الشخصى ، فالحيازة ترد على كل من الحقين (قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٧ وهامش رقم ١) . ونرى انه لا يوجد سبب فنى يمنع من كسب الحق الشخصى بالتقادم ، ولكن لما كان ذلك لا تتحقق فائدته العملية الا نادرا ، فقد اغفلته الصناعة القانونية . وهى لم تغفل فى الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة اليه من ذلك ، كما نرى فى نظرية الوارث الظاهر وفى الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته » (الوسيط الجزء الأول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الأول فقرة ٦ ص ١٣٧ هامش ١) .

(٢) انظر فى هذا المعنى كاربونيه ص ٣٦ — ص ٣٧ .

استعمال مباشر لحق الملكية ذاته فى صورة دعوى الاستحقاق المألوفة • وانما يظهر حق التتبع فيما عدا حق الملكية من الحقوق العينية الأصلية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق • فاذا كان لشخص حق انتفاع أو حق ارتفاق ، فانه يستطيع أن يستغل حقه العينى ، لا تحت يد مالك العين فحسب أى مالك الرقبة أو مالك العقار المرتفق به ، بل أيضا تحت يد من تنتقل اليه ملكية العين من هذين • فيتتبع صاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق حقه تحت يد مشترى الرقبة فى حالة حق الانتفاع ، أو تحت يد مشترى العقار المرتفق به فى حالة حق الارتفاق •

ويظهر حق التتبع فى وضوح أكبر فى الحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الامتياز • فالدائن المرتهن أو ذو الحق الممتاز يستطيع أن ينفذ على العين المرهونة أو العين محل الامتياز ، ليس فحسب وهى تحت يد مالك العين ، بل أيضا اذا انتقلت ملكية العين الى مالك آخر وهى تحت يد المالك الجديد • فهو يتتبع العين تحت يد أى شخص انتقلت اليه ملكيتها ، فى حين أنه لو كان دائنا عاديا لا رهن له ولا امتياز لما أمكنه أن يتتبع العين اذا خرجت من ملكية صاحبها ، اذ تكون بذلك قد خرجت من ملكية المدين ، أى خرجت من الضمان العام للدائن •

١٢٠ — التقدم فى الحق العينى :

وصاحب الحق العينى يتقدم أيضا بحقه على من عداه من أصحاب الحقوق العينية ممن هم أنزل منه مرتبة وعلى أصحاب الحقوق الشخصية اطلاقا ، وهذا ما يسمى بحق التقدم (droit de préférence) فاذا ما اشترى شخص من شخص آخر عينا وأعسر البائع ، فان المشترى وهو مالك العين أى صاحب حق عينى عليها يستأثر بالعين وحده ويستردها ، متقدما فى ذلك على دائنى البائع الشخصيين ممن ليس لهم حق عينى على العين المبيعة ، اذ خرجت العين بالبيع من ضمانهم العام (١) • واذا ترتب لشخص حق انتفاع على عقار مملوك

(١) كاربونييه ص ٣٧ — وقارن اسماعيل غانم فى رسالته فى الذمة =

لغيره ، وبعد تسجيل هذا الحق رتب مالك العقار حق انتفاع آخر أو حق ارتفاق على العقار ، فان صاحب حق الانتفاع الأول يتقدم على صاحب حق الانتفاع الثانى أو على صاحب حق الارتفاق لأنهما أنزل منه فى المرتبة .

ويظهر حق التقدم ، كما يظهر حق التتبع ، فى وضوح أكبر فى الحقوق العينية التبعية . فالدائن المرتهن يتقدم ، فى التنفيذ على العين المرهونة وهى فى يد الراهن : على أى دائن شخصى للراهن وعلى أى دائن ذى حق عينى تبعى دائن مرتهن آخر أو دائن له حق امتياز) متأخر عنه فى المرتبة . فاذا انتقلت العين المرهونة من ملكية راهنها الى ملكية شخص آخر ، وعليها عدة رهون متوالية ، فان الدائن المرتهن الأول يستعمل أولا حق التتبع للتنفيذ على العين وهى فى يد المالك الجديد على النحو الذى قدمناه ، ثم يستعمل حق التقدم فيتقاضى حقه من العين المرهونة قبل الدائنين المرتهنين المتأخرين عنه فى المرتبة .

المطلب الثانى

الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر

تقسيمها ومفردات كل قسم

١٢١ — خلاف فى فرنسا فيما اذا كانت الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر :

هناك خلاف فى الرأى فى فرنسا ، فبعض الفقهاء يذهب الى أن

= المالية ص ٩٦ — ص ٩٧ ويورد المثل الآتى فى استعمال المالك لحق التقدم : ببيع العين غير مالكها ، ويملكها المشترى اما بالتقادم القصير فى العقار ، او بالحيازة فى المنقول ، او يكون البائع هو الوارث الظاهر . فيتقدم المالك الحقيقى فى هذه الأحوال على سائر دائنى البائع فى الثمن الذى يكون فى ذمة المشترى (اسماعيل غانم فى الذمة المالية ص ٩٧) . وقد رد على ذلك بأن المالك هنا لا يباشر حق التقدم ، وانما الثمن قد حل محل العين حلولا عينيا ، وبدلا من ان يسترد المالك العين ذاتها يسترد الثمن الذى حل محلها .

الحقوق العينية غير مذكورة على سبيل الحصر وأنه يمكن انشاء حقوق عينية أخرى غير التى ذكرها القانون بموجب اتفاق خاص ، وبعض آخر يذهب الى العكس من ذلك ويقول ان الحقوق العينية المبينة فى القانون مذكورة على سبيل الحصر فلا يمكن انشاء حقوق عينية أخرى غيرها باتفاق خاص •

ويلاحظ أن القائلين بأن الحقوق العينية غير مذكورة على سبيل الحصر يوردون على رأيهم هذا من التحفظات ما يجعل النتيجة العملية لهذا الرأى جد محدودة ، فيقتربون كثيرا من الرأى القائل بأن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر •

١٢٢ — الرأى الأول فى فرنسا — الحقوق العينية غير مذكورة على سبيل الحصر :

يذهب هذا الرأى الى أن الحقوق العينية التى ذكرها القانون ليست هى كل الحقوق العينية الممكنة ، بل انه يمكن انشاء حقوق عينية أخرى باتفاقات خاصة ، كما يمكن باتفاقات خاصة كذلك ادخال تعديلات على الحقوق العينية التى ذكرها القانون (١) • وكل هذا انما يكون فى حدود النظام العام والآداب ، فلا يجوز بوجه خاص اعادة الحقوق العينية التى كانت سائدة فى العهود الاقطاعية ، فهذه قد قضت عليها الثورة الفرنسية الى غير رجعة ، والاتفاق على اعادتها يعتبر مخالفا النظام العام (٢) •

على أن القائلين بهذا الرأى يحددون كثيرا من اطلاق رأيهم بما

---

(١) والفقه الايطالى يذهب الى هذا الرأى (Franchetti : Archivio giuridico vol. VII p.p. 201 - 232, 369 - 408)

(٢) ومن الفقهاء الذين يقولون بهذا الرأى بودرى وشوفو فقرة ١٩٣ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٨ — بنكاز ٥ فقرة ٩٧ ص ١٧٧ وما بعدها — مارتى ورينو فقرة ٨ — جنى فى مجلة التعليم العالى البورجونية سنة ١٨٩٧ ص ١٨٤ — ص ١٨٨ — ريبير فى استعمال حق الملكية رسالة من اكس سنة ١٩٠٢ ص ١٧٨ — برسيرو وتالير فى الافلاس ١ ص ١١٤ •

يبدون من تحفظات • فيذكرون أنه يتعذر الاتفاق على انشاء حق عينى جديد يكون مستحدثا استحداثا تاما ، ولا صلة له بحق عينى معروف من قبل • ذلك أن الحق العينى من شأنه أن يحتج به على الكافة ، فلابد من شهره لتكون له هذه الحجية • فاذا كان الحق العينى مستحدثا استحداثا تاما ، تعذر شهره من الناحية العملية • لذلك لا يتوقع انشاء حقوق عينية جديدة . وكل ما يمكن وقوعه هو أن يدخل الاتفاق شيئا من التحوير على الحقوق العينية المعروفة . فيتفق المتعاقدان على توسيع حق عينى معروف أو على تضييقه (١) •

١٢٣ — الرأى الثانى فى فرنسا — الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر :

ويذهب هذا الرأى الى أن الحقوق العينية يعينها القانون ، ولا يمكن باتفاق خاص الزيادة عليها أو التعديل فيها (٢) • وذلك لسببين : أولهما أن الحق العينى بطبيعته حجة على الناس كافة ، فلا يجوز أن ينشىء الاتفاق ، وهو بطبيعته مقصور الحجية على طرفيه . حقا عينيا يكون حجة على الكافة • والسبب الثانى أن الحقوق العينية وعلى رأسها حق الملكية . وكذلك تفريع حقوق عينية من حق الملكية ، سواء كانت حقوقا أصلية أو حقوقا تبعية ، كل هذا يعتبر من

---

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٨ ص ٥٥ — مارتى ورينو فقرة ٨

(٢) والفقه الألمانى يذهب الى هذا الراى (Endemaun: Lehrbuch des burgeriichm . Rechts II, 1905 p. 47) وتنص المادة ٢٠٥٢ من التقنين المدنى الأرجنتينى صراحة على ان الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر .

ولعل المشرع الفرنسي الحديث قد اراد حسم هذا الخلاف ، عيدما اصدر قانون اول يونية سنة ١٩٢٤ القاضى بسريان التشريع المدنى الفرنسى على الألزاس واللورين ، اذ قرر ان الحقوق العينية العقارية هى وحدها التى ينص عليها القانون الفرنسى :

(Les seuls droits réels immobiliers sont ceux que prévoit la loi française)

انظر السنهورى وحشمت أبو ستيت فى أصول القانون سنة ١٩٤١ فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٠ .

النظام العام اذ يقوم عليه الائتمان الاقتصادى القومى • فالقانون وحده هو الذى يحدد ذلك . ويحدد للملكية مداها ، ويضع لها قيودها ، ويفرع منها ما يرى تفريعه من الحقوق العينية • ولا شأن لارادة الأفراد فى ذلك ، واذا سيطر سلطان الارادة فى منطقة العقود والحقوق الشخصية . ففى الحقوق العينية لاسلطان للادارة . ولا مجال للاتفاقات الخاصة بين الأفراد (١) •

١٢٤ — فى مصر الاجماع منعقد على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر :

أما فى مصر فالفقه مجمع على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر . فلا يجوز باتفاق خاص انشاء حقوق أخرى غير التى ذكرها القانون (٢) • ويورد الفقه المصرى الحجج الآتية للتدليل على صحة ما ذهب اليه :

---

(١) ومن الفقهاء الذين يقولون بهذا الراى : اوبدى ورو وبارتان ٢ فقرة ١٧٢ ص ٧١ وهامش ١ (رابعا) — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٦٠٦ وفقرة ٣٧٨٨ — جوسران ١ فقرة ١٣٣٧ — بيدان وفواران فقرة ٧٠ — مازو ٢ فقرة ١٢٨٧ ص ١٠٥٣ •

(٢) نقول ان الفقه فى مصر قد انعقد اجماعه على ان الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر . وقد تجاوزنا فيما قررناه عن راى ظل وحيدا فى الفقه المصرى ، هو راى الأستاذ عبد المعطى خيال ، اذ هو يذهب الى ان الحقوق العينية كالحقوق الشخصية غير محصورة ، ويقول فى هذا المعنى : « والذى نراه هو أن الحقوق العينية ليست محصورة فى القانون ، وانه يجوز للعاقدين انشاء حقوق عينية غير المذكورة فيه . وذلك ان الحق العينى سلطة تنصب مباشرة على مال . وقد تكون كاملة شاملة كحق الملكية ، وقد تكون محدودة أضيق من ذلك نطاقا . وليس ثمة ما يمنع من تجزئة تلك السلطة الكاملة الى غير الأوضاع التى ذكرها القانون ونظمها ، لعدم مخالفة ذلك للنظام العام ولا لحسن الآداب . اما القول بان الحق العينى يفرض التزاما على الكافة باحترامه ، وانه لا وجود لهذا الالتزام الا فى الصور التى ذكرها القانون ، فقول مردود لأنه يستند الى التصور الشخصى للحق العينى وهو تصور غير سليم . ثم ان القانون قد أوجب حماية حق الملكية ، والحقوق العينية الأخرى التى يمكن ان ينشئها الأفراد تكون حتما متفرعة منه . والحماية المقررة للكل تنسحب بداهة على كل جزء من أجزاء هذا الكل ، وهكذا تكون الحقوق الفرعية واجبة الاحترام ... » (عبد المعطى خيال فى الأموال — لم يتم — رقم ٩٥ ص ٨٢ — ص ٨٣) •

أولا — لمس المشرع المصرى ، فى التقنين المدنى القديم ، العيوب التى تشـوب نص التقنين المدنى الفرنسى ، فأراد تلافيها • ومن ثم أكمل تعداد الحقوق العينيه فى نص المادة ٥/١٩ ، وصـدر هذه المادة بعبارة توحى بانه اراد ان يحسـم الخلاف فى هذا الشـأن ، فقال : « تقبل الأموال ان يترتب عليها حقوق متنوعه بالنسبة للمنتفعين بها • وهذه الحقوق هى : اولا — حق الملكية • ثانيا — حق الانتفاع • ثالثا — حق الارتفاق بعقار الغير • رابعا — حق الامتياز وحق رهن العقار وحق اختصاص الدائن بعقار مدينه كله او بعضه لحصوله على دينه وحـق الحبس » • ويقول الاستاذ محمد على عرفة تعقيبا على ذلك : « ويكفى — فى اعتقادنا — مجرد النظرة العابرة فى صياغة النصوص ، لنخـرج بنتيجة قاطعة هى ان الحقوق العينية قد وردت فى تشريعنا على سـبيل الحصر لا على سبيل المثال • وبالرغم من أن المشرع لم يورد فى التقنين الجديد نصا مقابلا للمادتين ٥/١٩ من القانون المدنى القـديم ، فليس ثمة ما يدعو الى الاعتقاد بانه أراد الخروج على الوضع القديم » (١)•

ثانيا — أن الحق العينى ، خلافا للحق الشخصى ، يحتج به على الكافة ولا يقتصر أثره على طرفى التعاقد • ولا يمكن اخضـاع الكافة لاتفاق ينشىء حقا عينيا لم ينص عليه القـانون ، لأن هذا الاتفـاق بطبيعته لا ينتج أثره الا بالنسبة الى طرفيه (٢) •

---

(١) محمد على عرفة فقرة ١٨ ص ٣٠ — ص ٣١ •

(٢) شفيق شحاته فقرة ١٦ ص ٣٠ ص ويقول ردا على الأستاذ عبد المعطى خيال فيما سبق أن أوردناه عنه : « وقد قالوا أخيرا ان هـذه الحقوق العينية يمكن الاحتجاج بها على الغير لأنها متفرعة عن حق الملكية ، والغير مطالب اصلا باحترام حـق الملكية ، فـلأن يطالب باحترام الحقوق المتفرعة عنه اولى . وفى هذا الاستدلال مغالطة يجب الكشف عنها . ان الذى يطلب من الكافة هو احترام حق الملكية الذى يكون مقررا لشخص معين على صورته الكاملة . واذا ما اقتطع جزء من هذا الحق لمصـلحة شخص آخر ، وجب ان يتخذ هذا الاقتطاع صورة من الصور التى رسمها القانون . =

ويأخذ بعض الفقهاء على هذه الحجة أن الحق الشخصى كالحـــق العينى فيما يتعلق بالاحتجاج به على الغير ، اذ يوجد فى مقابل كل منهما واجب على الكافة باحترام الحق . ولم يقل أحـــد ان امكان الاحتجاج بالحق الشخصى على الكافة من شأنه أن يمنع الأفراد من الاتفاق على ما يشاؤون من حقوق شخصية (١) .

ولكن هذا الاعتراض غير حاسم . فأصحاب الحجة المتقدمـــة لا يكتفون فى ايراد حجتهم بالقول ان الحق العينى يحتج به على الكافة، بل هم يضيفون الى ذلـــك ــ وهـــذا هو الأهـــم ــ أن الاتفاق بطبيعته لا ينتج أثره الا بالنسبة الى طرفيه . فالاتفاق على انشاء حق شخصى ، اذا اقتصر أثره على الدائن والمـــدين ، فـــلا ضـــير من ذلك فان الحق الشخصى رابطة شخصية ما بين الطرفين ، فاذا لم تكن هذه الرابطـــة نافذة فى حق الغير احترامها . أما الاتفاق على انشاء حق عينى جديد غير الحقوق التى ذكرها القانون ، فانه اتفاق مقصـــور أثره على طرفى الاتفاق ، ومع ذلك يراد به أن ينشىء حقا يمتد أثره الى الكافة سواء علمه الناس أو جهلوه . واذا قيل ان الناس يفترض علمهم بالحق العينى اذ أن الاتفاق الذى أنشأ هذا الحق لابد من تسجيله أو من قيده ، أمكنت

= وذلك لأن الأجزاء المقتطعة ، متى أصبحت حقوقا مستقلة ، تكون هى الأخرى نافذة فى حق الكافة ومقررة لأفراد معينين . ولن يطلب بعد ذلك من الكافة احترام حق الملكية الا على هذه الصورة المجزأة ، وباعتباره حقا مبتورا لا حقا كاملا . واذا كان الأمر كذلك ، فكيف يقال ان الناس يلتزمون باحترام الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ولو لم تكن متفقة مع أحكام القانون لمجرد أنهـــا اجزاء من حق الملكية الواجب احترامه ! ان احترام حق الملكية فى هـــذه الصورة لا يقتضى منهم سوى عدم الاعتراف بالحقوق التى تولدت عنه ولم تكن نافذة فى حقهم . هم مكلفون فى هذه الصورة باعتبار حق الملكية باقيا على ذمة المالك ، ولا يمكن فى مواجهتهم الاحتجاج بالحقوق المتفرعة عنه التى لم تصب فى القالب القانونى الموضوع لها » (شفيق شحاتة فقرة ١٦ ص ٣١ ــ ص ٣٢) .

(١) منصور مصطفى منصور فى نظرية الحق ص ٦٤ ــ اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٤٨ ــ جميل الشرقاوى فى نظرية الحق ص ٤٥ .

الاجابة على ذلك بأن التسجيل أو القيد لا يرد الا على الحقوق العينية الأصلية أو التبعية التى عرفها القانون وحددها .

ثالثا — أن ترتيب الحقوق العينية الأصلية والتبعية وتعيين آثارها أمر يتعلق بالنظام العام . ومن ثم يكون الاتفاق على ترتيب حقوق عينية جديدة مخالفا للنظام العام فلا يجوز . ذلك أنه بالنسبة الى الحقوق الأصلية . يعتبر الحق العينى المتفرع عن الملكية اقتطاعا لبعض سلطات المالك وتقريرها لشخص آخر . وتجزئة السلطات على الشىء بين عدة أشخاص ليست من الأمور المرغوب فيها اقتصاديا اذ هى تؤدى الى سوء استغلال الثروة . أما بالنسبة الى الحقوق التبعية . ويعنينا منها الرهن بنوعية فهو الذى ينشأ بالاتفاق . فهذا قد وضع له المشرع قواعد للتوفيق بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة الراهن ومصلحة الغير . وكلها قيود تتعلق بالنظام العام . اذ هى تمس الائتمان وهو دعامة النظام الاقتصادى (١) . فيكون الاتفاق على انشاء حق عينى تبعى دون مراعاة

---

(١) ويقول الأستاذ اسماعيل غانم فى هذا الصدد : « فبالنسبة للحقوق الأصلية : ان انشاء حق عينى لم ينص عليه المشرع يعنى اقتطاع بعض سلطات المالك وتقريرها لشخص آخر على وجه يختلف عما تتضمنه الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية التى عنى المشرع بالنص عليها . وتجزئة السلطات على الشىء بين عدة أشخاص ليست من الأمور المرغوب فيها اقتصاديا ، اذ هى تؤدى الى اساءة استغلال الثروات . ولذلك نرى المشرع قد نظم الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية تنظيما من شأنه ان يقلل من هذا الخطر . . والاتفاق على انشاء حق عينى جديد يؤدى الى توزيع السلطات على الشىء على وجه يختلف عن الوجه الذى ارتضاه المشرع ، وهو بهذا الوصف اتفاق باطل لمخالفته للنظام العام — أما الحقوق العينية التبعية ، فلا يعنينا منها هنا ، ونحن بصدد بيان مدى حرية الأفراد فى الاتفاق على انشاء حقوق عينية لم ينص عليها القانون ، الا حق الرهن بنوعيه ، فهو وحده الذى ينشأ بالاتفاق . وقد رأينا أن المشرع قد وضع عدة قواعد لتنظيمه ترمى الى التوفيق بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة الراهن ومصلحة الغير وكلها تضع قيودا وشروطا متعلقة بالنظام العام ، اذ هى تمس الائتمان وهو دعامة النظام الاقتصادى القائم . ولذلك فان الاتفاق على انشاء حق عينى تبعى دون مراعاة هذه القيود أو الشروط اتفاق باطل ، لمخالفته للنظام العام » (اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٤٨ — ص ٤٩) .

هذه القيود اتفاقا باطلا لمخالفته للنظام العام (١) .

والحق أن المشرع . عندما نظم الحقوق العينية ، انما نظمها حقا حقا ، وأحصاها احصاء استقصاء لا احصاء تمثيل . فهو قد اقتطع أولا من حق الملكية سائر الحقوق الأصلية المتفرعة عنه ، وقدها على القالب الذي أراده ورآه متفقا مع المصلحة العامة . فبدأ بحق الانتفاع ، وهو أوسع الحقوق العينية الأصلية بعد الملكية . اذ جعل للمنتفع جميع حقوق المالك فيما عدا الرقبة . ولكنه أراد تقييد هذا الحق حتى لا يختلط بالملكية ، فجعله موقوتا حتما بحياة المنتفع . فاذا مات هذا رجع حق الانتفاع الى مالك الرقبة والتأمت الملكية بجزئيها كما كانت من قبل . ثم عمد الى حق الانتفاع هذا . فضيق فيه على احدى صورتين . الصورة الاولى هي حق الاستعمال ، وهو حق الانتفاع منقوصا منه حق التصرف في الحق . فلا يجوز لصاحب حق الاستعمال أن يستعمل الحق الا بنفسه، ولا يصح أن ينزل عنه للغير . والصورة الثانية هي حق السكنى ، وجعله كحق الاستعمال لا يجوز النزول عنه . وزاد في التضييق بأن جعل حق السكنى مقصورا على عقار صالح للسكنى كما يستفاد من الاسم نفسه . ووقف المشرع عند ذلك فلم يجز أن يقتطع من حق الملكية . باتفاق خاص بين الأفراد . حق انتفاع بالشيء دون أن يكون هذا الحق حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى . ولو فعل ، لتعددت حقوق الانتفاع بالشيء الى غير حصر . وليس هذا في مصلحة نظام الملكية واستقرارها .

---

(١) انظر في الفقه المصري وهو يقول بأن الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر : السنهوري وحشمت ابو ستيت في اصول القانون سنة ١٩٤١ فقرة ٢٨٤ — محمد على عرفة فقرة ١٦ — فقرة ٢١ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ١٩٦ — شفيق شحاته فقرة ١٦ — عبد المنعم البدراوي فقرة ٤ — حسن كيرة فقرة ١٥ ص ٤٨ — ص ٥٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤ — سليمان مرقس في المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٥ ص ٤٩٥ — اسماعيل غانم في النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ٤٧ — ص ٥٠ — منصور مصطفى منصور في المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٦٢ ص ٦٣ — ص ٦٦ — عبد الحي حجازي في نظرية الحق ص ٦٩ — ص ٧٠ — عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٦ — أحمد سلامة في نظرية الحق ص ٣١٥ .

ثم أورد المشرع حق الحكر ، وقد استقاه من الفقه الاسلامى ، وصاغه بحسب قواعده . وهو حق عينى معروف فى مصر منذ القديم ، مارسته الناس فى معاملاتهم فأصبح مألوفا . ومع ذلك فقد ضيق المشرع منه بقدر الاستطاعة ، وقصره من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد على الأراضى الموقوفة (م ١٠١٢ مدنى) . فلم يعد من الممكن ، باتفاق خاص ، بعد العمل بالتقنين الجديد ، انشاء حق حكر على أرض غير موقوفة . وهذا قاطع فى أن الحقوق العينية انما وردت على سبيل الحصر . وقد كان مشروع التقنين المدنى الجديد ينظم حقا عينيا آخر قريبا من حق الحكر . هو حق القرار (١) . وقد رأت لجنة مجلس الشيوخ ، وأقرها البرلمان على ما رأته ، أن تحذف حق القرار هذا (٢) . أرأيت . بعد أن حذف حق القرار من المشروع ، لو أن الأفراد أرادوا أن ينشئوه باتفاقاتهم الخاصة . أيجوز لهم ذلك ؟ لا شك فى أن هذا لا يجوز (٣) ، وهذا دليل آخر قاطع فى أن الحقوق العينية مذكورة على

---

(١) وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، تبريرا لاستحداث هذا الحق ، ما يأتى : « استحدث المشروع حق القرار لمواجهة حالة خاصة ، فقد يحتاج شخص للانتفاع بأرض مدة طويلة ، يبنى فيها او يغرس ، ولا يكفيه فى ذلك ان يستأجر الأرض فان حق المستأجر لا يكفل له القدر الكافى من الاستقرار . ولا يريد صاحب الأرض أن يحكرها ، فان الحكر تصرف خطير لا يبرره الا ان الأرض مخربة والحكر هو الوسيلة الى استصلاحها . فيختار الطرفان عقد القرار ليكون وسطا بين الايجار والحكر ، وليترتب للمنتفع بالأرض حق عينى لمدة طويلة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٠ هامش ١) .

(٢) وجاء فى محضر لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد ما يأتى : « تليت المواد الخاصة بحق القرار فاعترض عليها ، ورؤى ان حق القرار حق جديد على المصريين ، ولا يوجد ما يبرره فى البيئة المصرية ، ويغنى عنه حق الحكر والايجار .... وبعد مناقشة رؤى حذف المواد الخاصة بحق القرار ، تفاديا من وضع احكام مختلفة لصور متقاربة ، ولأن نظام الحكر فى مصر يواجه بعض الحاجة والاجارة الطويلة بما تتضمنه من شروط تواجه الباقى . واذا وجدت بعض مصلحة فهى يسيرة لا تتطلب استبقاء شروط احكام هذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٠ هامش ١) .

(٣) قارن سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٥ ص ٤٩٥ هامش ١ .

سبيل الحصر ، ولا يجوز باتفاق خاص انشاء حق عينى جديد • وتأتى بعد ذلك حقوق الارتفاق • وقد قضت المادة ١٠١٩ مدنى بأن « تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة فى سند انشائها •• » ؛ فأعطى القانون للاتفاق ما بين الأفراد هنا مجالا واسعا فى تقرير حقوق الارتفاق وفى تحديد القواعد التى تخضع لها هذه الحقوق • ولعل هذا الباب هو أوسع باب تدخل منه الاتفاقات الخاصة على الحقوق العينية . اذ يستطاع انشاء حقوق ارتفاق متنوعة غير محصورة بموجب اتفاق خاص • ومع ذلك فان انشاء حقوق ارتفاق بموجب اتفاقات خاصة خاضع دائما للقواعد الأساسية التى تحكم حقوق الارتفاق ، ولا يجوز باتفاق خاص مخالفة هذه القواعد • وأول هذه القواعد أن حق الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر (م ١٠١٥/١ مدنى) ، فلا يجوز اذن أن يتقرر حق ارتفاق لمصلحة شخص لا لمصلحة عقار ، والا كان هذا حق انتفاع وواجب خضوعه لقواعد حق الانتفاع . وأهمها أن يكون حقا موقوتا حتما بحياة المنتفع • ومن القواعد الأساسية فى حقوق الارتفاق أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محددة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (م ١٠٢٩ مدنى) •

وكذلك فعل المشرع فى الحقوق العينية التبعية : فهذه أيضا نظمها وحصرها فى حقوق معينة لا تجوز الزيادة عليها باتفاق خاص • فحق الاختصاص انما يكون بحكم قضائى لا باتفاق ، وحقوق الامتياز انما تنشئها نصوص قانونية ولا يجوز انشاؤها باتفاق • بقى الرهن الرسمى ورهن الحيازة ، وهذان ينشآن باتفاق خاص ، ولكن على النحو الذى حدده القانون وبموجب القواعد التى وضعها لذلك • وكل هذا يعتبر من النظام العام ، لأنه ينظم الائتمان الاقتصادى : فاذا حرم القانون مثلا أن يرد رهن الحيازة على عقار وقصر هذا الحق على المنقول ، لم يجز باتفاق خاص ترتيب رهن حيازة على العقار • وهذا دليل قاطع فى أن

الحقوق العينية التبعية انما وردت على سبيل الحصر ، فلا يجوز باتفاق خاص انشاء حق جديد . وقد حرم القانون فعلا بيع الوفاء ، لأنه فى العادة يستر رهنا ويخالف فى الوقت ذاته أحكام الرهن ، فلا يجـــوز باتفاق خاص العودة الى بيع الوفاء . وكل اتفاق على بيع وفائى يكون باطلا لمخالفته للنظام العام (١) .

ومن ذلك يتبين فى وضوح أن الحقوق العينية — أصـــلية كانت أو تبعية — قد ذكرها القانون على سبيل الحصر . فلا يجوز باتفاق خاص انشاء حق عينى جديد . ولا التعديل من أحكام الحقوق العينية الموجودة اذ أن هذه الأحكام تعتبر من النظام العــــام .

١٢٥ — تقسيم الحقوق العينية الى أصلية وتبعية ومفردات كل قسم :

ولمـــا كانت الحقوق العينية مذكورة على سبيل الحصر على النحو الذى قدمناه . لـــم يبق اذن الا تعداد هذه الحقوق حقا حقا . وقبل ذلك نقسمها قسمين : حقوقا عينية أصلية وحقوقا عينية تبعية .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هـــذا التقسيم : « جمع المشروع فى القسم الثانى منه الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، ثم قسمها بين كتابين . للأصلية كتاب وللتبعية كتاب آخر . لأن لكل من هـــــذين النوعين من الحقوق مميزات خاصة . فالحقـــوق الأصلية قائمة بذاتها لا تحتاج فى قيامها الى شخص اخر تستند اليه ، وهى حقوق يغلب فيها الدوام . بل ان حق الملكية وهو الحق الذى تتفرع عنه كل الحقوق الأصلية هو حق دائم لا يزول . أما الحقـــوق التبعية فلا تقوم بذاتها ، بل تستند فى قيامها الى حق شخصى تضمن وفاءه ، ومن أجل هذا دعيت بالتأمينات العينية . وهى حقوق موقتة تزول بزوال

---

(١) وبعد ان جعل التقنين المدنى الجديد الحق فى الحبس دفعا ، وكان حقا عينيا فى التقنين المدنى القديم ، لا يجوز باتفاق خاص اعطاء صفة العينية لهـــذا الدفـــع .

الدين الذى تكفله . والديون لا يجوز تأبيدها • وتتميز الحقوق التبعية أخيرا بأنها تخول صاحبها التقدم والتتبع ، وهذان لا يظهران فى الحقوق الأصلية بالوضوح الذى نراه فى الحقوق التبعية • على أن صفة العينية هى التى تجمع بين الحقوق الأصلية والحقوق التبعية • فهذه الحقوق جميعا تشترك فى معنى واحد ، هو أن كل حق منها اذا حلل تكشف عن سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شىء معين • وقد فصل التقنين الحالى (التقديم) ما بين الحقوق الأصلية ، فجعلها فى الكتاب الأول بعد أن ضم لها تقسيم الأموال ، والحقوق التبعية ، فجعلها فى الكتاب الأخير بعنوان حقوق الدائنين بعد أن فصل عنها رهن الحيازة (١) » •

ومفردات الحقوق العينية الأصلية هى أولا حق الملكية ، وهو الأصل وعنه تتفرع سائر الحقوق العينية الأصلية . بل تتفرع عنه أيضا جميع الحقوق العينية التبعية • ويتفرع عن حق الملكية حقوق عينية أصلية خمسة : حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر (٢) •

أما مفردات الحقوق العينية التبعية — أو التأمينات العينية — فهى حق الرهن الرسمى ، وحق الاختصاص ، وحق رهن الحيازة ، وحقوق الامتياز •

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣ .

(٢) ويضاف الى هذه الحقوق العينية الخمسة المذكورة فى التقنين المدنى الحقوق الثلاثة الآتية : ١ — حق المستحق فى الوقت ، فهو حق عينى غير الحق الشخصى الذى له فى تقاضى الغلة من الناظر (انظر فى هذا المعنى استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٣٦ الى المحاماة ١٦ رقم ٣٣٧ ص ٧١٦) . وهو من مباحث الشريعة الاسلامية ، وقد الغى على كل حال فيما عدا الوقف الخيرى . ٢ — الحق الذى يرد على الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف وحق المخترع ، وقد تناولته تشريعات خاصة سنبحثها فيما يلى . ٣ — حق استغلال المناجم والمحاجر ، وسنبحثه فيما يلى .

وانظر فى الحقوق العينية الأصلية وتبويبها فى التقنين المدنى القديم وعيوب هذا التبويب ، المذكرة الايضاحية المشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤ .

وقد وزعنا الحقــوق العينية على الأجزاء الثــلاثة البــاقية من الوسيط . فخصصنا الجزئين الثامن والتاسع الحقوق العينية الأصلية : أفردنا هذا الجزء الثامن لحق الملكية ، وسنفرد الجزء التاسع لأسباب كسب الملكية وللحقوق العينية الأصــلية المتفرعة عن الملكيــة . بقيت الحقوق العينية التبعية ومعها عقد الكفالة ، أى التأمينات الشــخصية والعينية ، وسنخصص لها الجزء العاشر .

الفرع الثــــانى

الذمة المالية والحلول العينى

١٢٦ — معنى الذمة المالية والحلول العينى :

الذمة المالية هى ما للشــخص وما عليه من أموال وديون منظورا اليها كلها كمجموع . وتشمل الأموال جميع الحقوق المالية ، ويدخل فى ذلك الحقوق العينية والحقوق الشخصــية التى بسطناها فيما تقدم ، والحقوق المالية التى ترد على الأشــياء غير المادية التى ســنبسطها فيما يلى . فالذمة المالية تتصــل اذن اتصــالا وثيقا بالحقوق العينية والحقوق الشخصية التى سبق تفصــيل القول فيها ، اذ هى تنتظم فى مجموع واحد كل هذه الحقوق ، بل تنتظم أيضا كما قلنا الحقوق المالية التى ترد على الأشــياء غير المادية وهى ما يدعى عادة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية .

وتتصل بالذمة المالية فكــرة الحلول العينى . والحلــول العينى معناه اجمالا أن يحل مال محل مال آخر فى النظام القانونى الذى يخضع له هذا المال الآخر . ويرجع ذلك ، فى غير الأحــوال التى نص عليهــا القانون أو الاتفاق ، الى الفكرتين اللتين تقوم عليهما الذمــة الماليــة فيما سنرى ، وهما فكرة مجمــوع المال وفكرة تخصــيص المال لغرض معين . ومن هنا أمكن أن تتصــل نظرية الحلــول العينى بنظرية الذمة

المالية ، وقد عالج أوبرى ورو النظريتين معا فى مكان واحد ، وتبعهما الفقه الفرنسى فى ذلك (١) .

ونستعرض كلا من النظريتين .

المبحث الأول

الذمة الماليـــة (*)

(Le patrimoine)

١٢٧ — النظرية التقليدية ونقدها :

وضـع النظرية التقليدية فى الذمة المالية الفقيهـان المعـروفان أوبرى ورو ، وقد وضعاها نظرية مجردة (abstraite) قامت على المنطق المحض . وكانت قوية فى بنائها المنطقى الى درجة استرعت نظر الفقهاء فى فرنسا ، وكسبت شهرة كبيرة فى الفقه القانونى . ولكنها كانت ، وهى تقوم على المنطق المحض ، لا تبـالى بما يعترض طريقهـا من قواعد

---

(١) ينتقد بعض الفقهاء ربط نظرية الحلول العينى بنظرية الذمة المالية (حسن كيرة فقرة ٤١) ، ولكن أى مكـان آخر لنظرية الحلول العينى هو أيضا محل للنظر . ومهما يكن من أمر فان الاتصال ما بين نظرية الذمة المالية ونظرية الحلول العينى ، عن طريق فكرتى المجموع من المال والتخصيص ، يشفع فى التمسك بالترتيب التقليدى .

(*) **مراجـع :** أوبرى ورو واسـمان ٩ فقـرة ٥٧٣ — فقرة ٥٨٣ — بيدان وفواران ٤ ص ١٢ — ص ٤٤ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥ — فقرة ٣٥ — كاربونييه ص ١ — ص ٩ .

رســـائل وابحـــاث : Jallu رســالة من باريس ســنة ١٩٠٢ — Plastara رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ — Gazelles رســالة من باريس سنة ١٩٠٥ — Gazin رسالة من ديجون سنة ١٩١٠ — Rimpler رسالة من باريس سنة ١٩١٠ — Laborde-Lacoste رسالة من بوردو سنة ١٩١٦ — Gary رسالة من بوردو سنة ١٩٣١ — Merovach فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٨١١ وما بعدها — اسماعيل غانم رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (طبعت فى سنة ١٩٥٧) .

قانونية وضعيه نتعارض معها وتنقضها . لذلك كثر ناقدوها . بل ووصل نقدها الى حد محاولة هدمها من الأساس .

ونبدأ بعرض هذه النظرية التقليدية كما بسطها أوبرى ورو ، ثم ننتقل الى ما قيل فى نقدها .

المطلب الأول

النظرية التقليدية فى الذمة المالية

١٢٨ — العناصر التى تتكون منها الذمة المالية :

قدمنا أن الذمة المالية هى ما للشخص وما عليه من حقوق وديون منظورا اليها كمجموع .

ويلاحظ أن الحقوق والديون التى تتكون منها الذمة المالية يجب أن تكون ذات قيمة مالية اذ نحن هنا فى صدد المال ، ولا شأن للذمة المالية بالحقوق التى تتعلق بالشخص دون ماله .

وعلى ذلك يخرج من الذمة المالية الحقوق والواجبات ذات الصفة السياسية ، وهى التى تدخل فى القانون العام لا فى القانون الخاص . وهذه هى ما عرف تسميته بحقوق الانسان (droits de l'homme) حق الانسان فى الحياة ، وحقوقه فى الحريات العامة ، وما يستتبع هذه الحقوق من واجبات تقابلها (١) . وهذه الحقوق والواجبات ليست لها قيمة مالية ، وذلك ما لم يقع اعتداء عليها ، فعند ذلك يتمثل جزاء الاعتداء فى عقوبة جنائية وهذه لا تدخل أيضا فى الذمة المالية ، أو فى تعويض مالى وهذا التعويض هو الذى يدخل فى الذمة المالية لأن له قيمة مالية .

ويخرج كذلك من الذمة المالية الولاية على النفس ، فولاية الزوج

---

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣٠٨ .

وولاية الأب وان كانتا تدخلان فى نطاق القانون الخاص ، الا أنهما تخرجان من الذمة المالية اذ ليست لهما قيمة مالية .

ويخرج أيضا من الذمة المالية دعاوى الحالة المدنية (actions d'état civil)، كدعوى الزوجية ودعوى البنوة ودعاوى النسب بوجه عام ، وهذه الدعاوى فى ذاتها ليست لها قيمة مالية ، فلا تدخل فى الذمة المالية ، ولكن اذا تفرع عنها حقوق مالية كالحق فى الارث والحق فى النفقة فان هذه الحقوق تدخل فى الذمة المالية (١) .

ويستخلص من ذلك أن العناصر التى تتكون منها الذمة المالية هى الحقوق والديون ذات القيمة المالية ، كما قدمنا . ومن ثم يدخل فى الذمة المالية جميع الحقوق العينية الأصلية والتبعية . كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن (٢) . ويدخل فى الذمة المالية أيضا الحقوق الشخصية أو الالتزامات فهى قيمة مالية ايجابية من حيث انها حقوق ، وقيمة مالية سلبية من حيث انها التزامات (٣) . ويدخل فى

---

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣١٠ — ولكن يدخل فى الذمة المالية الأشياء ذات القيمة التذكارية للأسرة ، كالصور الفوتوغرافية والمحفوظات والرسائل . ولكنها لا تكون محلا للقسمة بين الورثة ، ما لم تكن ذات قيمة مالية كبيرة كالمجوهرات والأثاث ذى القيمة الفنية (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٥٣٥ — نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨ — ١ — ٨٤) .

ويدخل فى الذمة المالية أيضا الأشياء التى لا يجوز الحجز عليها ، لأنها تكون محلا للملكية . أما قدرة الانسان على العمل فى ذاتها ، أى بصرف النظر عما يمكن أن تغله من قيمة مالية ، فلا تدخل فى الذمة المالية (كاربونييه ص ٢ — ص ٣) .

(٢) ويدخل فى الذمة المالية أيضا مجرد الرخص أو الخيارات : كخيار الشفعة وحق المالك فى اقامة بناء على أرضه وحق الشريك فى طلب القسمة (نقض مدنى ٨ يونية سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ — شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٥) .

(٣) أما الواجب العام الذى يتحمله كل شخص فى احترام الحقوق العينية فلا يدخل فى الذمة المالية ، لأن هذا الواجب ليس التزاما بالمعنى الصحيح . فالناحية الايجابية للذمة تشمل اذن الحقوق العينية والشخصية جميعها ، أما الناحية السلبية فلا تشمل سوى الالتزامات الشخصية (شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٤) .

الذمة المالية أخيرا الحقوق المالية الواقعة على الأشـــياء غير المادية ، كحق المؤلف وحق الفنان ، وسيأتى تفصيلها فيما يلى • أما الحق الأدبى للمؤلف فحق غير ذى قيمـــة ماليـــة فلا يدخل فى الذمة الماليـــة ، فاذا ما اعتدى عليه ووجب التعويض اصبح التعويض ذا قيمة مالية ودخل فى الذمة المالية •

ولما كانت الذمة المالية تتكون من حقوق وديون ، فان الحقوق هى التى تمثل القيمة الايجابية (actif) للذمة المالية ، وتمثل الديون القيمة السلبية (passif) لها •

وهناك فكرتان رئيســيتان فى الذمة المالية : ١ — اندماج عناصر الذمة المالية فى مجموع من المال • ٢ — اندماج الذمة المالية فى شخصية صاحبها •

١ — الذمة المالية مجموع من المال

١٢٩ — اندماج عناصر الذمة المالية فى مجموع من المال :

وعنـــاصر الذمة المالية ، من حقوق وديون مالية على النحو الذى بسطناه ، لا ينظر اليهـــا ، عند تصور الذمة المالية ، على أنهـــا عناصر منفصلة بعضها عن بعض لكل عنصر منها ذاتيته وكيانه الخـــاص به ، بل ينظر اليهـــا على أنها جميعا مندمجة فى كل لا يتجزأ • فتفنى ذاتية هذه العناصر فى المجموع الذى تكونه ، وتصـــبح كلها مجموعا من المال (universalité) • ولا تدخل هـــذه العناصر فى هـــذا المجموع ، بعد أن ذابت فيه ، الا باعتبار أنها قيم مالية مثلية يحل بعضها محل بعض فى المجموع الشامل • وبذلك ينفصل مجموع المال الذى هو الذمة المالية عن كل من العناصر المادية التى تكونه ، ويقوم بذاته وحدة مجردة (entité abstraite) لها كيانها المستقل عن كيان كل عنصر من عناصرها •

وعندما ننظر الى الذمة المالية باعتبارها مجموعا من المال منفصلا بكيـــانه الذاتى عن كل عنصر من عنـــاصره ، نرى فى وضـــوح أن كل

التغييرات التى تطرأ على هذه العناصر ، والتى يكون من شأنها أن تزيد أو تنقص فى القيمة الايجابية أو فى القيمة السلبية ، لا أثر لها فى كيان الذمة المالية ذاته الذى هو منفصل عنهـا • فقد تزول الحقـوق ويحل محلها حقوق أخرى • وقد تنقضى الديون وتجـد مكانها ديون أخرى ، وقد تزيد القيمة الايجـابية على القيمة السـلبية ، بل قد تزيد القيمة السلبية على القيمة الايجابية ، وتبقى الذمة المالية هى هى ، على حالها لا تتغير • بل انه قد لا توجد لا حقوق ولا ديون أصلا . ومع ذلك تقوم الذمة المالية منفصلة عن وجود الحقوق والديون وعن انعدامها . فالطفل يوم يولد وليس له مال أصلا لا من ميراث ولا من وصية ، تكون له مع ذلك ذمة مالية (١) • كما سيأتى •

وهذا الاندماج فى مجموع من المال على النحو الذى بسـطناه يفسر ثلاثا من المسائل الهامة :

(أولا) هذا المجموع من المال الذى هو الذمة المالية هو الضمان العام للدائنين •

(ثانيا) ينتقل هذا المجموع من المال ، حقوقا وديونا ، بالموت من المورث الى الوارث •

(ثالثا) تصلح فكرة المجموع من المال أساسـا لنظرية الحلول العينى •

ونتناول بالبحث كلا من هذه المسائل الثلاث :

١٣٠ — المسألة الأولى — الذمة المالية هى الضمان العام للدائنين :

تفسر نظرية الذمة المالية أن أموال المدين جميعا ، الحـاضر منها والمستقبل ، ما وجد منها وقت نشـوء الدين وما يوجد بعد نشـوئه ،

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٨ ص ١١٠ — والحمل المستكن له هو الآخر ذمة مالية ، فانه يجوز ان يوصى له بمال معين فتكون له حقوق مالية ، وتوجد له بذلك ذمة مالية (شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٥) .

ضامنة لجميع ديونه دون تمييز بين دين ودين • أو كما يقال عادة ان الذمة المالية هى الضمان العام لجميع الدائنين (Le patrimoine est le gage commun de tous les créanciers) أو بعبارة أدق ان القيمة الايجابية للذمة المالية هى ضمان للقيمة السلبية •

والذى ينفذ عليه الدائن ويبيعه على مدينه لاستيفاء الدين ليس هو الذمة نفسها ، فان هذه غير قابلة للحجز ولا للبيع كما سيأتى • وانما ينفذ على عناصر الذمة الايجابية ، مالا بعد آخر ، منظورا الى هذا المال باعتباره عنصرا من عناصر الذمة المالية التى تضمن الدين • ويستوى فى ذلك المال الذى وجد وقت نشوء الدين وبقى فى الذمة المالية الى وقت التنفيذ ، والمال الذى جد بعد نشوء الدين وبقى الى وقت التنفيذ • ولا يقال ان هذا المال الأخير لم يكن موجودا وقت نشوء الدين فلا يضمنه اذ لم يعتمد عليه الدائن ، ذلك أن الضامن للدين هو الذمة المالية أى هذا المجموع من المال الذى تفنى فيه عناصره كما قدمنا ، فسواء وجد المال وقت نشوء الدين او جد بعده ، فهو فى الحالين عنصر من عناصر الذمة المالية وبهذا الوصف يعتبر ضامنا للدين • وعلى العكس من ذلك لايضمن الدين المال الذى يكون قد خرج من الذمة المالية وقت التنفيذ ، حتى لو كان موجودا وقت نشوء الدين • ذلك أن هذا المال ، وقت التنفيذ ، لم يكن عنصرا من عناصر الذمة المالية فلا يضمن الدين ، حتى لو كان الدائن قد اعتمد عليه وقت نشوء الدين ، اذ ضمان الدائن انما هو الذمة المالية بما تشتمل عليه من عناصر وقت التنفيذ لا وقت نشوء الدين • وبذلك تكون عناصر الذمة المالية بمثابة الأشياء المثلية (choses fongibles) ما خرج منها يحل محله ما استجد •

على أن خروج المال من الذمة المالية ، ما كان منه موجودا وقت نشوء الدين وما جد بعد ذلك ، مشروط بعدم تعمد المدين الاضرار بحقوق الدائن ، والا كان للدائن الدعوى البوليصية يضعها القانون بين يديه فيجعل تصرف المدين فى المال غشا غير نافذ فى حقه ، ويعتبر المال باقيا فى الذمة المالية فيستطيع الدائن التنفيذ عليه •

وكون الذمة المالية ضمانا عاما (gage commun) للدائنين لا يعني أن للدائن حقا عينيا على الأموال التي تشتمل عليها الذمة المالية ، فكلمة « الضمان » (gage) هنا ليست مستعملة بمعناها الفني ولا تعني أن للدائن العادي رهنا على أموال المدين . بل معناها أن للدائن أن ينفذ على أموال مدينه لاستيفاء حقه . ويتساوى الدائنون جميعا في ذلك ، فلا يتقدم الدائن السابق على الدائن اللاحق . حتى في الأموال التي وجدت في الذمة المالية وقت نشوء حق الدائن الأول وقبل نشوء حق الدائن الثاني . ولا يتقدم الدائن اللاحق على الدائن السابق ، حتى في الأموال التي لم تكن موجودة في الذمة المالية وقت نشوء حق الدائن السابق ولو جدت قبل نشوء حق الدائن اللاحق . وانما يتقدم دائن على دائن آخر تبعا لما له من ضمان عيني على مال معين من أموال المدين ، كرهن أو اختصاص أو امتياز . ويكون تقدمه في هذا المال وحده (١) .

١٣١ — المسألة الثانية — انتقال حقوق المورث وديونه الى الوارث:

الأصل في القانون الفرنسي ، وهو القانون الذي ابتدعت فيه نظرية الذمة المالية ، أن الدين لا ينتقل من مدين الى مدين آخر ، واذا كانت حوالة الحق جائزة فان حوالة الدين لا تجوز . ومع ذلك فان الدين ينتقل ، بالوفاة لا فيما بين الأحياء ، من ذمة المورث الى ذمة الوارث . ويفسر ذلك عادة بنظرية الذمة المالية . فالمورث تقوم ذمته المالية ، بما تشتمل عليه من حقوق وديون ، منفصلة عنه بعد أن مات . فلابد من اسناد هذه الذمة المالية الى شخص غير المورث ، وهذا الشخص لا يمكن الا أن يكون هو الوارث ، فهو الذي تستمر شخصية مورثه فيه ، وهو الذي يتملك تركته . وعلى ذلك تنتقل الذمة المالية للمورث بمجرد موته الى الوارث ، فتنتقل الى هذا حقوق المورث

---

(١) انظر في كل ما تقدم اوبرى ورو واسمان ٩ فقرة ٥٧٩ ص ٣٣٨ — ص ٣٣٩ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٩ .

وديونه جميعا فى وقت واحد • وبذلك أمكن تصـــور أنتقـــال الدين فى القانون الفرنسى من مدين الى مدين آخر • أى من المورث الى الوارث ، بفضل نظرية الذمة المالية (١) • وهذا لا يمنع الوارث بطبيعة الحال ، وبخاصـــة عند ما يرى أن ديون المورث تربى على حقوقه • أن يرفض الارث ، أو أن يقبله بشرط فصـــل التركة عن ذمته المالية الأصـــلية (sous bénéfice d'inventaire) فيصبح بذلك غير مســـئول عن ديون التركة الا بمقدار ما تشتمل عليه من حقوق • وكالوارث ، وهو الذى تنتقـــل اليه حقوق المورث وديونه بموجب القانون ، الموصى له بمجموع التركة أو بجزء شائع فى هذا المجموع (ayant cause à titre universel) ، فان هذا أيضا فى بعض الأحوال تنتقل اليه حقوق الموصى وتنتقل ديونه بنسبة هذه الحقوق ، بموجب الوصية أى بموجب ارادة الوصى (٢) •

١٣٢ — المسألة الثالثة — صلاحية فكرة المجموع من المال أساسا لنظرية الحلول العينى :

يذهب بعض الفقهاء (٣) الى أن فكرة المجموع من المال تصـــلح

---

(١) اما فى مصر فقواعد الشريعة الاسلامية تقضى ، كما هو معروف ، بألا تركة الا بعد سداد الديون . ويفسر ذلك عادة بأن ديون الميت لا تنتقل الى ورثته ، بل تبقى فى التركة الى أن تسدد ، والصافى من التركة بعد ذلك هو الذى يتملكه الورثة . ومع ذلك فهناك آراء فى الفقه الاسلامى ، جديرة بالاعتبار ، تذهب الى انه بمجرد وفاة المورث تنتقل تركته من حقوق وديون الى ورثته ، فتصبح اموال التركة مملوكة للورثة ، كما يصبح هؤلاء مسئولين عن ديون التركة ولكن فى حدود الأموال التى آلت اليهم . فيكون وضع الورثة فى الشريعة الاســـلامية كوضع الورثة فى القـــانون الفرنسى عندما يقبلون التركة بشرط الجرد (sous bénéfice d'inventaire) انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ٢٦ — فقرة ٣٥ .

(٢) انظر فى كل ما تقدم أوبرى ورو واسمان ٩ فقـــرة ٥٨٢ ص ٣٤٣ وص ٣٤٥ — وفقرة ٥٨٣ ص ٣٤٥ — ص ٣٤٨ .

ويترتب على استمرار شخصية المورث فى شخصية الوارث ان تنتقل جميع الديون الى الوارث ، ويصبح السند القابل للتنفيذ فى حق المورث نافذا فى حق الوارث ، وتضاف حيازة المورث الى حيازة الوارث .

(٣) انظر بوجه خاص بلانيول وريبير وبيكار فقرة ١٥ ص ٢٠ وفقرة ٣٣ — فقرة ٣٤ .

أيضـــا أساســـا لنظرية الحلول العيني في بعض تطبيقاتها . فقد يجمع الشخص الى جانب ذمته المالية الأصلية ذمة مالية اخرى ؛ وهذا على خلاف ما تقضي به النظرية التقليدية في الذمة المالية من أن الشـــخص لا تكون له الا ذمة مالية واحدة لا تتعدد • ويأتون على ذلك بأمثلة مختلفة منها الذمة المالية للمفقود فهذه بعد مدة معينة تضـــاف الى الورثة ، فاذا ما ظهر المفقود بعد ذلك استرد ذمته المالية منهم • ومنها التركة التي يستولي عليها الوارث الظاهر وتضاف الى ذمته الأصلية ، ثم يظهر الوارث الحقيقي فيسترد التركة من الوارث الظاهر • ومنها التركة التي قبلها الورثة في القانون الفرنسي بشرط الجرد . فهذه ذمة مالية تضاف الى الذمة الأصـــلية للوارث وتبقى منفصـــلة عنها الى أن تصفى من الديون •

ففي هذه الأحوال وأمثـــالها ، حيث يوجد مجمـــوع من المال هو عبارة عن ذمة مالية أضيفت الى الذمة المالية الأصلية ، تصـــبح الذمة المالية المضافة ذمة قائمة بذاتها منفصلة عن الذمة المالية الأصلية • وهذا يفسر بعض تطبيقـــات الحلـــول العيني ، فأى مال يخـــرج من احدى الذمتين — الأصـــلية أو المضـــافة — ويدخل في مقابله مال آخر ، فالمال الذى دخل يحل حلولا عينيا محل المال الذى خرج ، وذلك في نطاق الذمة المالية التي خرج المال منها ودخل المال اليها •

وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الحلول العيني •

٢ — الذمة المالية وشخصية صاحبها

١٣٣ — أندماج الذمة المالية في شخصية صاحبها :

يقيم أوبرى ورو الذمة المالية على الشخصية ذاتها • فعندهما أن هذا المجموع من الحقوق والديون الذى هو الذمة المالية لم يقم كوحدة غنيت فيها عناصرها فاســـتغرقتها جميعا ، الا لأن الذمة الماليـــة قد اندمجت في شخصية صاحبها ، وأصـــبحت امتدادا لهذه الشـــخصية وصورة منطبعة منها • فكما أن الشخصية واحدة لا تتعدد ، كذلك الذمة

المالية وحدة لا تتجزأ . ويقول أوبرى ورو فى هذا الصدد : « فكرة الذمة المالية تستخلص منطقياً من فكرة الشخصية ... فالذمة المالية هى مظهر الشخصية : وهى التعبير عن القدرة القانونية للشخص باعتباره شخصا » (١) . ويقولان أيضا : « الذمة المالية ، فى أعلى معانيها ، هى شخصية الانسان ذاتها ، منظورا اليها فى علاقاتها بالأشياء الخارجية التى يباشر الشخص أو سيباشر حقوقا عليها » (٢) .

ولما كانت الذمة المالية هى مجموع من حقوق وديون . ولما كان الحق لابد أن يستند الى شخص يملكه وكذلك الدين لابد أن يستند الى شخص يكون ملتزما به . فالذمة المالية لابد اذن أن تستند الى شخص يملك ما تشتمل عليه من حقوق ويلتزم بما تشتمل عليه من ديون . بل ان الذمة المالية تندمج اندماجا تاما فى هذا الشخص فلا تنفصل عنه . وقد قدمنا أن الذمة المالية تكون قائمة حتى لو زادت الديون على الحقوق ؛ بل حتى لو لم تكن هناك فى وقت ما لا حقوق ولا ديون (٣) . فمجرد الصلاحية لأن يكسب الشخص حقوقا ولو لم يكسبها بالفعل ، ولأن يلتزم بديون ولو لم يلتزم بدين ما ، مجرد الصلاحية هذه هى الذمة المالية . وهذا مما يقرب الذمة المالية فى الفقه الفرنسى من أهلية الوجوب فى الفقه الاسلامى (٤) .

---

(١) L'idée de patrimoine se déduit logiquement de celle de la personnalité ... Le patrimoine est l' émanation de la personalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne est investie comme telle».

(أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٤) .

(٢) «... le patrimoine est, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses repports avec les objets externes sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer».

(أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٣ هامش ٦) .

(٣) قارن اسماعيل غانم رسالته فى الذمة فقرة ٦٢ ص ١١٤ — ص ١١٥ .

(٤) انظر نظرية الذمة فى الفقه الاسلامى فى الجزء الأول من مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف ص ١٦ — ص ١٧ .

ويترتب على اندماج الذمة المالية فى الشخصية نتائج ثلاث :

١ — الشخص وحده هو الذى تكون له ذمة مالية . وكل شخص له حتما ذمة مالية .

٢ — الذمة المالية لا تنفصل عن صاحبها .

٣ — لكل شخص ذمة مالية ، فلا تتجزأ الذمة المالية ولا تتعدد (١) .

١٣٤ — النتيجة الأولى — الشخص وحده هو الذى تكون له ذمة مالية وكل شخص له حتما ذمة مالية :

والشخص هنا اما أن يكون شخصا طبيعيا ، أو شخصا معنويا . وسواء كان طبيعيا أو معنويا ، فهو وحده الذى تكون له ذمة مالية . ذلك أن الذمة المالية هى مجموع الحقوق والديون . والحقوق والديون يجب أن تستند الى شخص طبيعى أو معنوى يكون مالكا لها أو ملتزما بها كما سبق القول . ومن ثم لا يمكن أن تستند الذمة المالية الا الى الشخص ، فهو وحده الذى تكون له ذمة مالية .

وما دام الشخص يكون دائما صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، وما دامت الذمة المالية هى الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات كما قدمنا . فينتج من ذلك أن لشخص بموجب صلاحيته لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . تكون له حتما ذمة مالية . وليس يلزم لوجود الذمة المالية وجود الحقوق والواجبات فعلا . فقد قدمنا أن الشخص فى وقت معين قد لا تكون له حقوق أصلا وليست عليه ديون بتاتا ، وهذا لا يمنع من أن تكون له ذمة مالية فى ذلك الوقت المعين بالذات (٢) .

---

(١) اوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٣ هامش ١ .

(٢) اوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٣ ص ٣٠٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦ — كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٢٨ ص ١١٠ — وانظر آنفا فقرة ١٢٩ .

١٢٥ — النتيجة الثانية — الذمة المالية لا تنفصل عن صاحبها :

ما دامت الذمة المالية مندمجة فى الشخصيه ، فهى لا تفارقها ولا تنفصل عنها ، يجوز بطبيعة الحال للشخص أن يتصرف فى حقوقه التى تشتمل عليها ذمته المالية . ولكنه يتصرف فى هذه الحقوق حقا حقا باعتبار أن كل حق قائم بذاته ، لا باعتباره عنصرا من العناصر التى فنيت فى الذمة المالية . وهو اذا تصرف فى حق من هذه الحقوق ، فليس معنى هذا أنه تصرف فى ذمته المالية ، بل ان هذه الذمة لا تنفصل عن صاحبها كما قدمنا ، وان نقصت بعض الحقوق التى تشتمل عليها أو زالت كل هذه الحقوق (١) . فلا يجوز اذن للشخص أن يتصرف فى ذمته المالية كمجموع من المال . بل ولا فى جزء شائع فيها كأن يتصرف فى نصفها أو فى ربعها . ومن ثم فان التعامل فى تركة مستقبلة ، والتركة المستقبلة هى الذمة المالية منظورا اليها بعد الوفاة . غير جائز . لأسباب ترجع الى حماية المورث وترجع كذلك الى عدم جواز التصرف فى الذمة المالية كمجموع من المال (٢) .

ونتيجة أخرى يستخلصها أوبرى ورو من عدم قابلية الذمة المالية للانفصال عن صاحبها أن الشخص اذا وهب جميع أمواله أو جزءا شائعا فى جميع أمواله ، فان ديون الواهب ، أو جزءا منها مقابلا للجزء الشائع الموهوب ، لا تنتقل الى الموهوب له . ذلك أن الواهب ، وهو يهب جميع أمواله أو جزءا شائعا فى جميع أمواله ، لا يهب ذمته المالية نفسها أو جزءا منها ، والا لانتقلت الى الموهوب له الديون مع الحقوق ، وهذا ما لا يستطيع أن يفعله لأن الذمة المالية لا تقبل الانفصال عن صاحبها . فهو اذن يهب أمواله مالا مالا باعتبار أن كل مال قائم بذاته لا عنصر قد فنى فى الذمة المالية ، والموهوب له يعتبر خلفا خاصا لكل مال معين

---

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٣ ص ٣٠٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦ ص ٢١ .

(٢) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٧ — ٢ ص ٣٥٠ .

بالذات من هذه الأموال ، ولا يعتبر خلفا عاما لمجموع من الأموال كما هو الأمر بالنسبة الى الوارث الذى يرث الأموال والديون فى وقت واحد (١) .

١٣٦ — النتيجة الثالثة — لكل شخص ذمة مالية واحدة فلا تتجزأ الذمة المالية ولا تتعدد :

ذلك أن الذمة المالية تندمج فى الشخصية ، فتستعير منها خصائصها . والشخصية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد . وقد رأينا أن الذمة المالية تنصب فيها جميع الحقوق وجميع الديون ، فتصبح هذه جميعا كلا لا يتجزأ (٢) . وقد سبق أن قررنا أن كل شخص له حتما ذمة مالية ، والآن نقرر أن الشخص الواحد لا تكون له الا ذمة مالية واحدة . ولا يمكن للشخص أن يجزىء هذه الذمة الى ذمم متفرقة ، كما لا يجوز له أن يضيف الى ذمته المالية الأصلية ذمة مالية أخرى مع بقاء الذمتين منفصلتين احداهما عن الأخرى فتتعدد بذلك الذمة المالية .

ويعد أوبرى ورو وجود ذمة مالية مضافة الى جانب الذمة المالية الأصلية — وقد وردت نصوص تشريعية تقضى بذلك وأتينا ببعض الأمثلة على الذمة المالية المضافة (٣) — أمرا استثنائيا . وفى غير هذه الحالات الاستثنائية لا يجوز للشخص ، حال حياته ، أن يجزىء ذمته المالية ، فيجعل بعض الدائنين يختصون بجزء منها والدائنين الآخرين يختصون بالجزء الآخر (٤) .

---

(١) بلانيول ورببير وبيكار ٣ فقرة ١٨ .
(٢) اوبرى ورو ٩ فقرة ٣٧٩ ص ٣٦٧ وفقرة ٥٨٣ ص ٣٧٦ وما بعدها — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠ ص ٢٤ هامش ٤ .
(٣) انظر آنفا فقرة ١٣٢ .
(٤) اوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣١١ — ص ٣١٢ .

المطلب الثانى

فقد النظرية التقليدية فى الذمــــة المالية

١٢٧ — نوعان من النقد :

بقيت نظرية أوبرى ورو التقليدية فى الذمة المالية سائدة فى الفقه انفرنسى مدة طويلة . وقد أجمع هذا الفقه على أن هذه النظرية قد قامت على منطق محكم الحلقــات . وأنها من أقوى النظريات الفقهية بنــاء وحسن سبك •

ولكن الفقه أخذ بعد ذلك يعيد النظر فيما كان قد اعتاد أن يسلم به دون تمحيص ، لا سيما فى المســائل التى يفرضــها منطق النظرية ولكنها تخالف الأحكام التشريعية الصريحة • فأخذ فريق من الفقهاء فى نقد النظرية فى بعض جزئيــاتها والتحوير فى هذه الجزئيــات ، دون مساس بجوهر النظرية • ولكن فقهاء آخرين ذهبوا الى أبعد من ذلك ، وهاجموا النظرية فى جوهرها ، وذهبوا الى أنهــا نظرية فاســدة فى أساسها اذ تقوم على منطق يجافى الواقع ، دون أن يقوم مبرر يشــفع فى بقائها فى ثوب من هذا المنطق المصطنع •

ونورد موجزا لآراء كل من الفريقين •

١ — الفريق الأول

١٣٨ — نقد النظرية فى بعض جزئياتها :

هذا الفريق يعمد بوجه خاص الى النعى على النظــرية التقليدية المبالغة فى المنطق المجرد ، والصاق الذمة المالية بالشخص حتى اختلطت به وكادا يصبحان شيئا واحدا • ثم يزحزح الذمة المالية عن الشخصية ليقيمها على فكرة التخصيص لغرض معين (affectation à un but déterminé) . وبذلك يتمكن من القول بجواز تعدد الذمة المالية وبجواز انفصالها عن صاحبها • ولكنه مع ذلك يبقى الذمة المالية مســتندة الى الشــخص ، فلا يجوز أن تقوم دون صاحب تستند اليه •

١٣٩ — المبالغة فى ربط الذمة المالية بالشخصية :

يقول نقاد النظرية التقليدية انها نظرية ذات صبغة مصطنعة ، تقوم على منطق مجرد مغرق فى التجريد • فهى تبالغ فى ربط الذمة المالية بالشخصية الى حد أن تخلط بينهما ، والى حد أن تجعل من الذمة المالية مجرد الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات وهذا هو عين الشخصية • وهذا الخلط ما بين الذمة المالية والشخصية يجب تجنبه ، فانه من جهة يخلع على الذمة المالية خصائص لا تتفق مع الأحكام القانونية المسلم بها ، ومن جهة أخرى يؤدى الى نتائج يحسن تفاديها وقد تفادتها فعلا كثير من الشرائع (١) •

١٤٠ — والأولى ادخال فكرة التخصيص لغرض معين فيصبح الحق وظيفة اجتماعية أكثر منه سلطة فى يد الشخص :

وكان الأولى أن تجعل الرابطة التى تجمع ما بين عناصر الذمة المالية ليست هى الشخص الذى تستند اليه هذه الذمة ، بل الغرض المشترك الذى خصصت له هذه العناصر • واذا كان صحيحا أن النظرية التقليدية على حق فيما ذهبت اليه من أن الأموال انما ينظر اليها القانون باعتبارها مرتبطة بالغايات التى يسعى اليها الشخص ، فتقوم صلة وثيقة ما بين الذمة المالية والشخص ، الا أن هذه الغايات مختلفة متنوعة • فقسرها جميعا على غاية موحدة ، ترد اليها كل الغايات دون تمييز بين غاية وغاية ، ينطوى على كثير من العنت ويجافى الحقائق الواقعة (٢) •

وما دامت الغايات متعددة ، فانه من الممكن أن يقتطع مجموع من الأموال من الذمة المالية الأصلية ويخصص لغاية معينة ، فيكون هذا

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧ •
(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧ ص ٢٢ •

المجموع بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ذمة مالية منفصلة عن الذمة المالية الأصلية •

فالغاية اذن ، وليس الشخص ، هى التى تربط ما بين العناصر المختلفة للذمة المالية ، وهذا هو الاتجاه الحديث الذى يسير صوبه القانون فى الوقت الحاضر (١) • ومن ثم تصبح الحقوق مرتبطة بالغايات التى أعطيت من أجلها ، ويصبح الحق وظيفة تحقق غاية اجتماعية ، أكثر منه سلطة يعطى زمامها ليد شخص معين (٢) •

١٤١ — جواز تعدد الذمة المالية :

وأول ما يترتب على التراخى فى ربط الذمة المالية بالشخصية . وادخال فكرة التخصيص لغاية معينة ، أن احدى النتائج الهامة للنظرية التقليدية ، وهى أن الذمة المالية لا تتجزأ ولا تتعدد ، لا تصبح نتيجة سليمة • فهى لم تكن سليمة الا لأننا أدمجنا الذمة المالية فى الشخصية ، فشاركت تلك خصائص هذه • ولما كانت الشخصية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد ، كذلك تكون الذمة المالية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد • ولكن ذلك يخالف الواقع ، ويتعارض مع المسلم به من تعدد الذمة المالية فى كثير من الأحوال كما سنرى •

لذلك كان فى ادخال فكرة التخصيص لغاية معينة أكبر معين على القول بتعدد الذمة المالية ، اذ يقع كثيرا أن يتخصص مجموع من أموال الشخص لغاية معينة فيستقل هذا المجموع عن الذمة المالية الأصلية . ويصبح هو نفسه ذمة مالية أخرى ، وبذلك تتعدد الذمة المالية •

ومن أمثلة تعدد الذمة المالية قبول الوارث للتركة بشرط الجرد أو طلب الدائنين فصل التركة عن الذمة المالية للوارث فى القانون الفرنسى،

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١ ص ٢٥ — ص ٢٦ •
(٢) انظر كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٢٥ ص ١١٧ — ص ١١٨ •

ففى هذه الحالة يكون للوارث ذمته المالية الأصلية ، وذمة مالية أخرى هى التركة التى انتقلت اليه بما لها من حقوق وما عليها من ديون ، وقد إنفصلت عن ذمته المالية الأصلية ، وهذا وضع يضاهى وضع الوارث فى الشريعة الاسلامية ، فالوارث تنتقل اليه ملكيه أموال التركة كما تنتقل اليه الديون فى بعض المذاهب الفقهية. ومع ذلك تبقى التركة منفصلة عن ذمة الوارث الأصلية الى أن تسدد ديونها كما سبق القول (١) ، وبذلك تتعدد ذمة الوارث فى الشريعة الاسلامية كما تعددت فى القانون الفرنسى .

كذلك أذا وهب شخص آخر أو أوصى له بمال ، على أن يخصص هذا المال لغرض معين ، فان المال الموهوب أو الموصى به ينفصل عن الذمة الأصلية للموهوب له أو الموصى له ، فتتعدد الذمة .

واذا ترك مجهز السفينة السفينة والأجرة فى مقابل ما ترتب عليه من التزامات بسبب تجهيز السفينة ، فان ثروة البحر (fortume de mer) هذه تصبح ذمة مالية منفصلة عن ذمة المجهز الأصلية .

وفى النظام المالى للزواج فى القانون الفرنسى ، يكون مهر الزوجة (dot) ذمة مالية منفصلة عن ذمتها الأصلية ، ويكون ما دخل من مالها فى الأموال المشتركة بينها وبين الزوج (communauté) ذمة مالية منفصلة كذلك عن الذمة الأصلية ، وليس لهذا نظير فى الشريعة الاسلامية .

ففى هذه الأحوال وأمثالها (٢) ، تتعدد الذمة المالية ، وتقوم ذمة مالية أخرى غير الذمة المالية الأصلية منفصلة عنها . ويكون لهذه الذمة المالية حقوقها التى تستقل بها وديونها التى تترتب عليها وحدها ، شأنها فى ذلك شأن الذمة المالية الأصلية (٣) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٣١ فى الهامش .
(٢) انظر آنفا فقرة ١٣٢ .
(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠ .

١٤٢ — جواز انتقال الذمة المالية من صاحبها الى الغير حال الحياة :

ونتيجة أخرى من النتائج الهامة فى النظرية التقليدية ، لا تستقيم الا اذا أدمجنا الذمة المالية فى الشخصية ادماجا تاما ، فلا يجوز انتقال الذمة المالية وانفكاكها عن شخص صاحبها مادام حيا ، ومن ثم لاتجوز انتقال الذمة المالية الى الغير حال الحياة . أما اذا جعلنا الصلة ما بين الذمة المالية والشخصية صلة متراخية ، وأقمنا الذمة المالية على فكرة التخصيص لغاية معينة ، فانه يمكن انفكاك الذمة عن صاحبها فى حال حياته ، ويمكن تبعا لذلك أن يتصرف الشخص فى ذمته المالية ، كلها أو بعضها ، فينقلها فى حال الحياة الى شخص آخر .

والفرق بين الحالتين أنه اذا لم نجز نقل الذمة المالية فى حال الحياة، فانه يترتب على ذلك أن الشخص لا يستطيع أن يتصرف فى ماله فى حال الحياة الا الى خلف خاص ، فينتقل الحقوق دون الديون ، ولا يتصرف الا فى حقوق معينة . فاذا وهب شخص جزءا كبيرا من أمواله ، بل اذا وهبها كلها ، فان الموهوب له لا تنتقل اليه ديون الواهب بغير اتفاق خاص، ويأخذ أموال الواهب خالصة من الديون ، أما اذا أجزنا نقل الذمة المالية فى حال الحياة ، فانه يجوز للشخص أن يتصرف فى ذمته المالية ، كلها أو بعضها ، الى خلف عام ، فتنتقل الى هذا الخلف الحقوق والديون جميعا لأن المجموع من المال هو الذى انتقل .

ولا شك فى أن اباحة التصرف فى الذمة المالية ، بما تشتمل عليه من حقوق وديون ، حال الحياة ، من شأنه تيسير التعامل . وهذا لايكون الا اذا تراخت الصلة ما بين الذمة المالية والشخص ، وقامت فكرة التخصيص لغاية معينة كما سبق القول . على أنه بالرغم من أن النظرية التقليدية للذمة المالية لا تزال هى السائدة فى فرنسا ، وكان من مقتضاها عدم جواز التصرف فى الذمة المالية حال الحياة ، فان هذا التصرف أجازه مع ذلك التقنين المدنى الفرنسى وأجازه القضاء الفرنسى فى بعض حالات استثنائية نذكرها فيما يلى :

١ — أجاز التقنين المدنى الفرنسى (م ١٠٨٢ — ١٠٨٦ وم ١٠٩٣) هبة الأموال الحاضرة والمستقبلة فى عقد الزواج المالى ، ويترتب على هذه الهبة أن يكون الموهوب له مسئولا عن الديون • ولاشك فى أن هذا تصرف حال الحياة يقع على الذمة المالية كمجموع من حقوق وديون •

٢ — أجاز التقنين المدنى الفرنسى (م ١٠٧٥ وما بعدها) قسمة المورث لأمواله الحاضرة بين ورثته عن طريق الهبة ، وفى هذه الحالة يحمل القضاء الفرنسى الورثة بالديون (١) • ولاشك فى أن هذا أيضا تصرف حال الحياة يقع على جزء من الذمة المالية كمجموع من حقوق وديون •

٣ — يعتبر القضاء الفرنسى أنه اذا وهب الشخص كل أمواله أو جزءا كبيرا منها ، فالمفروض أن هناك اتفاقا ضمنيا على أن يتحمل الموهوب له ديون الواهب أو جزءا منها يتناسب مع قيمة الأموال الموهوبة (٢) • ولاشك فى أن القضاء فى هذه الحالة أجاز التصرف فى الذمة المالية أو فى جزء منها حال الحياة ، بدليل أنه أوجب على الموهوب له دفع الديون •

٤ — أجاز القانون الفرنسى الصادر فى ١٩ أبريل سنة ١٩٠٩ فى شأن بيع المتجر (fonds de commerce) لدائنى البائع استيفاء حقوقهم من الثمن المستحق فى ذمة مشترى المتجر ، فجعل القانون بذلك من المتجر شبه ذمة مالية قائمة بذاتها ، اذ جعل لدائنيه حقا مباشرا على ثمن المتجر وقد حل الثمن محل المتجر باعتباره مجموعة من المال ، وانتقل حق الدائنين من المتجر الى ثمنه ، وفى مصر نصت

---

(١) نقض فرنسى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ — ١ — ١٢٧ •
(٢) نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٥ — ٢ — ٢١١ — تولوز ٢٩ يناير سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٣ — ٢ — ١١١ — جرينوبل ١٣ مايو سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٢ — ٢ — ٢٤٠ •

المادة ٢٥ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها على ما يأتى : « للدائنين السابقين على قيد الرهن ، متى كان الغرض من ديونهم استغلال المحل التجارى ، أن يطلبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها ، اذا أصابهم ضرر بسبب ذلك القيد » • وقد جاء فى المذكرة التفسيرية للقانون : « وأجازت المادة ٢٥ للدائنين السابقين على قيد الرهن أن يطلبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها • وهذا مبدأ جديد ، فانه طبقا للقواعد العامة لايترتب على ضعف التأمينات حلول أجل الدين الا اذا كانت محلا لوفائه» • ومعنى ذلك أنه ، من ناحية حلول الأجل ، اعتبر القانون المحل التجارى محلا لوفاء الديون الخاصة به • وهذا ما يجعل ، من هذه الناحية وحدها ، المحل التجارى وحده قائمة بذاتها تكون محلا للوفاء بديونها ، بحيث اذا ضعفت هذه الوحدة بقيد رهن عليها ، حلت الديون المؤجلة •

على أن الحالات المتقدمة هى حالات استثنائية ، ولا تزال القاعدة العامة فى كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى أنه لا يجوز التصرف فيما بين الأحياء فى الذمة المالية ، وذلك ترتيبا على اندماج الذمة المالية فى الشخص (١) •

١٤٣ — بقاء الذمة المالية مع ذلك مرتبطة بالشخص فلا تقوم ذمة مالية دون صاحب تستند اليه :

ومع ذلك يحرص هذا الفريق الأول من النقاد ، وهم لا ينقدون النظرية التقليدية الا فى بعض جزئياتها ، على أن يستبقوا النظرية فى أساسها ، من حيث مجموع المال(patimoine universalité)ومن حيث الارتباط

---

(١) وفى القانون المصرى لا يتحمل الموهوب له بدين الواهب ، الا اذا اشترط الواهب عليه ذلك عوضا عن الهبة (م ٤٩٩/١ مدنى) •

هذا وقد تحررت التقنينات الجرمانية — التقنين المدنى الألمانى والتقنين المدنى السويسرى — من هذا الضيق الذى لا مبرر له ، وخرجا على النظرية التقليدية فى الذمة المالية ، وأجازا تصرف الشخص فى ذمته المالية حال حياته •

بالشخصية (partimoine personnalité).

فلا تزال الذمة المالية فى نظرهم مجموعا من المال تفنى فيه عناصره من حقوق وديون ، ويفسرون بهذا الأساس الضمان العام للدائنين وانتقال التركة بما تشتمل عليه من حقوق وديون من المورث الى الوارث .

ولا تزال الذمة المالية ، فى نظرهم ، مرتبطة بشخص يكون هو صاحبها وتستند اليه . ولا يتصورون قيام ذمة مالية دون شخص ترتبط به ولا يذهبون الى الحد الذى ذهب اليه القانون الألمانى من جعل الذمة المالية تقوم دون أن تستند لا الى شخص طبيعى ولا الى شخص معنوى (١) .

٢ — الفريق الثانى

١٤٤ — نقد النظرية فى أساسها :

أما الفريق الثانى من نقاد النظرية التقليدية ، فلا يكتفون بنقد النظرية فى بعض جزئياتها ، بل هم يهدفون الى هدم النظرية فى أساسها . ويمثل هذا الفريق تمثيلا عادلا الأستاذ اسماعيل غانم فى رسالته التى وضعها فى الذمة المالية (٢) . وقد سبقه الى نقدها فقهاء آخرون فى رسائل وضعوها لذلك (٣) ، ولكن هؤلاء النقاد لا يزالون

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١ ص ٢٦ — ٣ ص ٢٧ — كاربونييه ص ٨ .

ويشير كاربونييه الى نواح اخرى جديدة يمكن أن تتفتح عنها نظرية الذمة المالية ، منها الضريبة على راس المال وعدم اجبار المدين على الكشف عن عناصر ذمته المالية والتمييز بين راس المال والريع والقدرة على العمل وهل هى عنصر من عناصر الذمة المالية (كاربونييه ص ٨ — ص ٩) .

(٢) باريس سنة ١٩٥١ (وقد طبعت فى القاهرة فى سنة ١٩٥٧) .

(٣) انظر مثلا Jallu رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ ص ٨٥ وما بعدها Plastara رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ — Gazelles رسالة من باريس =

يتفقدون مع النظرية التقليدية فى أن الذمة المالية هى مجموع من المال مستقل عن العناصر التى يشتمل عليها •

ويتناول الأستاذ اسماعيل غانم النظرية التقليدية فى الفكرتين اللتين تقوم عليهما ، المجموع من المال والاندماج فى الشخصية ، وينكر على كل منهما فائدتها فى استخلاص النتائج التى تستخلص منها عادة ، ويعلل هذه النتائج بأسباب أخرى بعيدة عن النظرية التقليدية • وعلى ذلك لا تعود للنظرية التقليدية أية فائدة فى نظره ، فتهدم فى أساسها • ونتابعه فى كل من الفكرتين •

١٤٥ — فكرة المجموع من المال :

هذه الفكرة تستخلص منها النظرية التقليدية ، كما قدمنا ، نتائج ثلاثا : الضمان العام للدائنين وانتقال تركة المورث الى الوارث بما عليها من ديون والحلول العينى •

أما الضمان العام للدائنين فيمكن تفسيره دون الالتجاء الى فكرة المجموع من المال • ويكفى فى ذلك أن نلجأ الى تحليل الالتزام الى عنصرية ، المديونية (Schuld) والمسئولية (Haftung) وتمتد جذور هذا التحليل الى القانون الرومانى ، ليتركز فى النظريات الجرمانية ، دون أن يلقى رواجا فى الفقه الفرنسى • والمديونية تتعلق بالعمل أو الامتناع عن العمل الواجب على المدين نحو الدائن ، فهى رابطة بين شخصين • والمسئولية تتعلق بقدرة الدائن على اقتضاء هذا الواجب من المدين جبرا عليه ، فهى أيضا رابطة بين شخصين • وبموجب عنصر المسئولية

= سنة ١٩٠٥ ص ٣٦٧ وما بعدها Gazin رسالة من ديجون سنة ١٩١٠ Raynaud رسالة من تولوز سنة ١٩٣٤ ص ١٧٤ وما بعدها .

وايظر جنى فى طريقة التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ ١ فقرة ٦٧ ص ١٤١ وما بعدها — Percerou فى تصفية ديون التركه فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٥ ص ٥٤٣ — ص ٥٤٧ — Msrovach فى المجلة للقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص ٨١١ ما بعدها .

هذا يصل الدائن الى أموال مدينه للتنفيذ عليها ، ولكن من خلال شخص المدين . فشخص المدين اذن هو الذى يتوسط بين ماله وبين الدائن . والدائن انما ينفذ الدين على المدين ذاته ومن خلاله يصل الى ماله . وكان الدائن فى القديم ينفذ الدين على شخص المدين فعلا أى على جسمه ، فيقتله أو يسترقه أو يبيعه . ثم تهذب القانون شيئا فشيئا ، حتى صار الدائن ، وهو ينفذ الدين دائما على المدين ذاته ، لا ينفذه على شخص المدين ، وانما ينفذه على ماله ولكن من خلال شخصه . ومن ثم تكون أموال المدين الموجودة وقت التنفيذ ، منظورا اليها على اعتبار أن كل مال منها قائم بذاته لا مندمج فى مجموع من المال ، مسئولة عن ديونه . ولما كان الدائن يستطيع أن يصل الى أى مال يكون مملوكا للمدين من خلال شخص هذا الأخير ما دام المال مملوكا له وقت التنفيذ ، فالعبرة اذن بملكية المال للمدين وقت التنفيذ لا وقت نشوء الدين . فللدائن سبيل على المال المملوك لدائنه وقت التنفيذ ، ولو لم يكن مملوكا له وقت نشوء الدين وانما استجد بعد ذلك . ولا سبيل للدائن على المال الذى كان مملوكا لمدينه وقت نشوء الدين ، ما دام قد خرج عن ملكه وقت التنفيذ . ذلك أن عنصر المسئولية لا يجعل للدائن حقا على مال معين للمدين ، ولكن يجعل له حقا على شخص المدين ، ومن خلال شخصه ينفذ على ماله الذى يكون مملوكا له وقت التنفيذ . وعلى هذا النحو نصل الى نفس النتيجة التى يراد الوصول اليها عن طريق النظرية التقليدية فى الذمة المالية باعتبارها مجموعا من المال ، ولا نكون فى حاجة الى تصوير أموال المدين مندمجة كلها فى مجموع معنوى لا وجود له فى الواقع . ويتيسر لنا بذلك أن نقرر القاعدة التى تقضى بأن أموال المدين ضامنة لديونه ، دون الالتجاء الى فكرة المجموع من المال التى تقول بها النظرية التقليدية (١) .

---

(١) اسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ١٧ ص ٢٩ وفقرة ١٨ ص ٣٥ — ص ٣٦ .

وأما انتقال تركة المورث الى الوارث بما عليها من ديون ، فهذه النتيجه أيضا لا يحتاج فيها الأستاذ اسماعيل غانم الى الالتجاء لفكرة المجموع من المال التى تقوم عليها النظرية التقليدية للذمة المالية • وعنده أنه يكفى لتبرير ذلك أن نقول ان ديون الميت لا يجوز أن تنقضى دون وفاء ، وإلا انهدم ركن الائتمان فى التعامل وضاعت ثقة الدائنين فى مدينيهم • فيجب اذن أن تبقى هذه الديون قائمة بعد موت المدين ، لما كان لابد لكل دين من مدين يتحمل به ، فمن ذا الذى يتحمل ديون الميت بعد موته ؟ لا شك فى أن العدالة تقضى بأن المدين فى هذه الحالة يجب أن يكون هو الوارث ، لا لأنه تستمر فى شخصيته شخصية المورث كما تقول النظرية التقليدية ، بل لأنه تستمر فى شخصيته أموال مورثه دون مقابل ، فمن العدل اذن أن يتحمل أيضا ديونه • فانتقال دين المورث الى الوارث انما يرجع الى اعتبارات تمت للعدالة وللثقة فى التعامل ولفكرة الدين ذاته اذ لابد من أن يكون لكل دين مدين • ومن ثم لا نكون هنا أيضا فى حاجة الى فكرة المجموع من المال التى تقوم بها نظرية الذمة المالية لتبرير أن الدين ينتقل من المورث الى الوارث (١) •

بقى الحلول العينى • ويقول أنصار النظرية التقليدية ان الحلول العينى مبنى على فكرة المجموع من المال ، فهذه الفكرة تؤدى الى جعل العناصر التى يشتمل عليها المجموع بمثابة أشياء مثلية يحل بعضها محل بعض • فاذا خرج مال معين من هذا المجموع ودخل بدلا منه مال آخر ، حل هذا المال الآخر محل المال الأول حلولا عينيا • ويستعرض الأستاذ اسماعيل غانم الفروض التى قيل أن الحلول العينى فيهما يتحقق فى المجموعات من الأموال ، فلا يرى لها شأنا عمليا هاما ، والخلاف فيها جد محتدم • ففى الدعوى التى يرفعها الوارث الحقيقى على الوارث الظاهر ليسترد منه التركة ، اذا كان الوارث الظاهر قد

---

(١) اسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ٣٦ •

باع مالا للتركة واشترى بثمنه مالا آخر ، فهناك خلاف فى الرأى ، اذ يذهب بعض الفقهاء الى أن الوارث الظاهر لا يرد هذا المال الاخر بموجب فكرة الحلول العينى ، ولكن يرد ثمن المال الذى خرج من التركة بموجب مبدأ الاثراء بلا سبب (١) • ومهما يكن من أمر ، فقل أن يعرض فى العمل هذا الفرض ، ولا توجد أحكام قضائية فى هذه المسأله • وفى دعوى استرداد المفقود بعد ظهوره حيا لأمواله من حائزها ، فهناك رأى يذهب الى أن الحائز اذا كان قد باع مالا منها واشترى به مالا آخر ، فانما يفعل ذلك باعتباره نائبا نيابة قانونية عن المفقود • فيسترد المفقود هذا المال الآخر بموجب أحكام النيابة لا بموجب أحكام الحلول العينى • وهذا الفرض أيضا قل أن يعرض فى العمل ، فمن النادر جدا أن يظهر المفقود بعد أربعين عاما من غيابه ، ولا توجد هنا أيضا أحكام قضائية • وفى دعوى استرداد الواهب من تركة الموهوب له ما وهبه اياه ، نرى نص التقنين المدنى الفرنسى (م ٢/٧٤٧) صريحا فى أن الخاضع للاسترداد هو العين الموهوبة ذاتها وليس فى هذا حلول عينى ، أو ثمنها الذى لا يزال مستحقا فى ذمة المشترى وهذا يمكن تفسيره لا بالحلول العينى بل برغبة المشرع فى تمكين الواهب عند المطالبة بالثمن من فسخ البيع اذا لم يدفعه المشترى • ويخلص الأستاذ اسماعيل غانم من هذا الاستعراض الى القول بأن الحلول العينى لا يقوم أصلا على فكرة المجموع من المال ، وانما يقوم على فكرة التخصيص لغرض معين • فاذا خصص مال ، سواء كان داخلا فى مجموع أو كان منفردا ، لغرض معين ، فان هذا المال يكون خاضعا لقواعد قانونية خاصة لتحقيق الغرض الذى خصص له المال • فاذا بيع هذا المال أو هلك ، وحل محله الثمن أو التعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية أو غير ذلك من البدل ، أو حل محله شىء آخر اشترى بالبدل ، فان

---

(١) بودرى وفال فى الميراث ١ فقرة ٩٢٥ ص ٧٠٢ •

الذى حل محل المال يكون مخصصا لنفس الغرض الذى كان المال مخصصا له ، وتسرى عليه القواعد القانونية الخاصة التى كانت تسرى على المال الأول ، فالحلول العينى اذن يقوم على أساس الخضوع لنظام قانونى خاص وعلى أساس فكرة التخصيص لا على أساس المجموع من المال . ويرى الأستاذ اسماعيل غانم تقديم فكرة الخضوع لنظام قانونى ، فى الحلول العينى ، على فكرة التخصيص ، فالمال أساسا يخضع لنظام قانونى خاص حتى يحقق الغرض الذى خصص له (١) . فالحلول العينى اذن لا شأن له بفكرة المجموع من المال ، ومن ثم لا محل لاقحام هذه الفكرة عليه .

١٤٦ — فكرة الاندماج فى الشخصية :

ويهاجم الأستاذ اسماعيل غانم أهم نتيجتين تستخلصان من اندماج الذمة المالية فى الشخصية : عدم قابلية الذمة المالية للانفصال عن الشخص وعدم جواز تجزئتها أو تعددها .

أما عدم قابلية الذمة المالية للانفصال عن الشخص ، أى عدم قابلية الذمة المالية للتصرف فيها فيما بين الأحياء ، فيستخلص منها أوبرى ورو بطلان التصرف فى التركة المستقبلة وعدم انتقال الديون الى مشترى جميع الأموال الحاضرة المملوكة للبائع . والتصرف فى التركة المستقبلة يصوره أوبرى ورو أنه تصرف فيما بين الأحياء فى الذمة المالية ، ولكن الأستاذ اسماعيل غانم يعارض هذا التصوير ، اذ أن هذا التصرف لا ينفذ ولا ينتج أثرا الا بعد الموت فهو اذن ليس تصرفا فيما بين الأحياء ، وبطلانه يرجع الى اعتبارات معروفة لا شأن لها بالتصرف فى الذمة المالية . ومشترى الأموال الحاضرة المملوكة للبائع انما اشترى أموالا معينة ولم يشترى ذمة مالية ، والأصل فى هذه الحالة عدم انتقال الديون الا اذا اشترط خلاف

---

(١) اسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ٥٨ .

ذلك ، فلا علاقة اذن لهذه المسألة بمسألة التصرف فى الذمة المالية • ويستخلص الأستاذ اسماعيل غانم من ذلك أنه لا تترتب نتائج عملية على القول بأن الذمة المالية لا يجوز التصرف فيها فيما بين الأحياء ، ومن ثم لا حاجة للقول باندماج الذمة المالية فى الشخصية للتوصل بذلك الى القول بأن الذمة المالية لا يجوز التصرف فيها فى حال الحياة (١) •

وأما عدم جواز تجزئة الذمة المالية أو تعددها ، فهذه هى أضعف نقطة فى النظرية التقليدية ، لأن الذمة المالية قد تتجزأ وقد تتعدد بحسب ما يخضع له المال من نظام قانونى خاص • ويعدد الأستاذ اسماعيل غانم الأمثلة ، ويبدأ بالقانون التجارى • ففى هذا القانون ، تتجزأ الذمة المالية اذا تخلى صاحب السفينة عنها للدائنين ، فعند ذلك تنفصل السفينة عن سائر أمواله ، وتتجزأ ذمته المالية الى ذمتين • وتتعدد الذمة المالية اذا كسب المفلس ، قبل اقفال التفليسة ، مالا من عمله أو من تجارة جديدة يباشرها ، فيكون المال الذى كسبه ذمة مالية مستقلة عن ذمته المالية الأصلية التى خضعت للتفليسة • وفى القانون المدنى ، تتعدد ذمة الوارث المالية ، اذ يضاف الى ذمته الأصلية ذمة المورث (أى تركته) ، وذلك عند ما يقبل الوارث الميراث بشرط الجرد فى القانون الفرنسى ، وعندما يعين مصف للتركة فى القانون المصرى • وتتعدد ذمة الموهوب له اذا كانت الهبة مقترنة بشرطة عدم التصرف فى الأموال الموهوبة ، فهذه الأموال التى لا يجوز التصرف فيها تكون ذمة مالية منفصلة عن الذمة الأصلية للموهوب له • كذلك تتعدد ذمة الموهوب له أو الموصى له ، فى القانون الفرنسى ، اذا وهب أو أوصى له بمال بشرط نقل ملكيته الى الغير (م ١٠٤٨ — ١٠٥٠ مدنى فرنسى : (substitutions permises) وتتعدد

---

(١) اسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ٧٠ •

الذمة كذلك اذا وهب المال أو أوصى له به بشرط استخدامه لأغراض خيرية معينة (fondation) وفي النظام المالي للزواج ، في القانون الفرنسي ، قد يجزىء الذمة المالية . ففي نظام الاشتراك في الأموال (régime de communauté) , تنفصل الأموال المشتركة (biens communs) عن الأموال الخاصة بكل زوج (biens propres) في نظام الدوطة (régime dotal) تنفصل أموال الدوطة (bien dotaux) عن الأموال الخاصة بالزوجة (biens paraphernaux) فالذمة المالية اذن تتجزأ وتتعدد ، وذلك عن طريق تخصيص القانون أموالا معينة لأغراض خاصة واخضاع هذه الأموال لنظام قانوني خاص يحقق الغرض الذي خصص له المال . وليس الشخص حرا بارادته وحده أن يجزىء ذمته المالية أو يعددها على هذا النحو ، بل لابد من تدخل القانون في ذلك ، فهو الذي يضع النظام الخاص للأموال التي خصصت لأغراض معينة (١) .

واذ هدمت النتيجتان الرئيسيتان المستخلصتان من اندماج الذمة المالية في الشخصية — عدم جواز التصرف في الذمة المالية في حال الحياة وعدم جواز تجزئة الذمة المالية أو تعددها — فقد انهدم الأساس نفسه الذي قامت عليه النتيجتان ، وهو اندماج الذمة المالية في الشخصية (٢) . قد عارض الأستاذ اسماعيل غانم من قبل ، كما رأينا ، فكرة المجموع من المال ، فلا تقوم الذمة المالية اذن في رأيه على أي أساس (٣) .

---

(١) اسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ١٠٠ .

(٢) اسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ١٠١ ص ١٧٥ .

(٣) وهو يقول في هذا المعنى : « والنتيجة التي يمكن استخلاصها من كل ذلك هي ان الذمة المالية ليست الا مجرد لفظ تنحصر فائدته في اختصاره . فبدلا من أن نقول : مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية في وقت معين ، يكفي ان نقول : الذمة المالية للشخص » (اسماعيل غانم في النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ١٣١ — ص ١٣٢) .

انظر ايضا في تأييد هذا الرأي : منصور مصطفى منصور في الحلول =

١٤٧ ـ الى أى حد يمكن القول بهدم النظرية التقليدية فى الذمة المالية :

ومهما يكن من شأن الاعتراضات التى وجهت الى النظرية التقليدية للذمة المالية ، فليس من اليسير القول بأن هذه النظرية قد هدمت نهائيا . فهى ، فى نظرنا ، لا تزال قائمة فى أحد شقيها وهو الشق الخاص بفكرة المجموع من المال . أما الشق الآخر الخاص بفكرة الاندماج فى الشخصية ، فهنا يمكن القول بأن النظرية التقليدية أصبحت غير قائمة .

١٤٨ ـ بقاء النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة المجموع من المال :

لا تزال فكرة اندماج أموال المدين وديونه فى مجموع معنوى مستقل عن الأموال التى يشتمل عليها فكرة منتجة ، ولا تزال هى الفكرة السائدة حتى اليوم . والمعول الذى أريد هدمها به هو الالتجاء الى فكرة أخرى ، فكرة تقسيم الالتزام الى عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسئولية . وليست هذه الفكرة الأخيرة بأبسط ولا أفضل من فكرة المجموع المعنوى . هذا الى أن كلا من الفقه الفرنسى والفقه المصرى لم يتقبل فكرة المديونية والمسئولية بالرحابة التى تقبل بها فكرة المجموع المعنوى . ولا يمكن القول بأن فكرة المديونية والمسئولية قد استقرت فى الفقه الفرنسى ولا فى الفقه المصرى ، حتى تمكن الاستعاضة بها عن فكرة استقرت وتمكنت فى كل من الفقهين ، وكاد يكون التسليم بها من الأمور البديهية . ففكرة المديونية والمسئولية فكرة مصدرها الفقه الألمانى . وكان لها فى

= العينى فقرة ٢٣ ص ٣٤ وفقرة ٣٤ ص ٣٦ هامش ٢ ــ شمس الدين الوكيل فى النظرية العامة للحق ص ١٥٦ وما بعدها وفى نظرية التأمينات سنة ١٩٥٦ فقرة ٨ .

وانظر فى وجوب استيفاء نظرية الذمة المالية واستخلاص مبدأ الضمان العام للدائنين ومبدأ انتقال التركة بالوفاة من هذه النظرية : حسن كيرة فقرة ١٠ ص ٢٦ ــ ص ٣٢ .

كل من فرنسا ومصر طرافة الشيء الجديد . ولكن لم يقدر لها التمكن والاستقرار ، وقد سلم بذلك الأستاذ اسماعيل غانم نفسه (١) .

ويوجد ، الى جانب ذلك ، سببان آخران يدعوان الى التمسك بفكرة المجموع من المال وعدم الاستعاضة عنها بفكرة المديونية والمسئوليه .

أما السبب الأول فيرجع الى أن فكرة المجموع من المال هي الفكرة التي يقوم عليها تقسيم الخلف الى خلف عام وخلف خاص ، وهو تقسيم بالغ الأهمية . فالخلف العام هو من انتقل اليه المجموع المعنوى من المال بما يشتمل عليه من حقوق وديون ، أو انتقلت اليه حصة من هذا المجموع . أما الخلف الخاص فهو من انتقل اليه مال معين بالذات لا مجموع معنوى من المال ، دون أن تنتقل اليه الديون الا بشروط معينة . والفرق كبير بين الخلف العام والخلف الخاص كما هو معروف ، فاذا هدمت فكرة المجموع المعنوى فعلى أى أساس يقوم اذن التمييز بين الخلف العام والخلف الخاص ؟

وأما السبب الثانى فيرجع الى أن فكرة المجموع المعنوى ، وهى الفكرة التى قامت عليها القاعدة التى تقضى بأن أموال المدين ضامنة لديونه ، لا تزال هى خير تفسير للدعوى غير المباشرة وللدعوى البوليصية ولدعوى الصورية . وهى دعاوى أهميتها لا تنكر . فالدائن يكون له حق ضمان عام على أموال مدينه ، وهذا الضمان هو الذى يسوغ أن ينوب الدائن عن مدينه نيابة قانونية فيرفع باسمه الدعوى غير المباشرة ، وأن يجعل تصرف مدينه القائم على الغش أو على الصورية غير نافذ فى حقه ليرجع المال الذى تصرف فيه المدين الى ضمانه العام (٢) .

---

(١) اسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ١٤ ص ٢٣ .
(٢) ولايعير الاستاذ اسماعيل غانم اهمية لقيام الدعاوى الثلاث على =

١٤٩ — انهدام النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة الاندماج فى الشخصية :

ولكن يمكن القول ، كما قدمنا ، ان النظرية التقليدية فى الذمة المالية قد انهدمت فيما يتعلق بفكرة الاندماج فى الشخصية . فهذا

= مبدأ ان أموال المدين ضمان عام للدائنين ويقتصر فى احدى حواشى رسالته على أن يقول : « ونكاد نكون فى غير حاجة الى القول بأن الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية وغيرها من الاجراءات التحفظية المختلفة لا تقتضى اصلا قيام فكرة المجموع من المال . ففى مباشرة هذه الدعاوى أو القيام بهذه الاجراءات لا يفعل الدائن اكثر من التمهيد لاستعمال حقه فى الحجز ، فتتصل هذه الدعاوى والاجراءات بعلاقة المسئولية » (اسماعيل غانم رسالته فى الذمة المالية فقرة ١٧ ص ٣٠ هامش ١) .

وقد سبق لنا أن رددنا هذه الدعاوى الثلاث الى فكرة الضمان العام للدائنين ، فقلنا فى الجزء الثانى من الوسيط : « وهذه الطرق ترد جميعها الى أصل واحد ، هو المبدأ العام الذى تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . فهذا الضمان العام يخول للدائن ان يرقب أموال المدين ، ما دخل منها فى ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانه من أن ينتقصه غش المدين أو تقصيره ... أما الدعاوى الثلاث فهى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية . ففى الأولى يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه اذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ بحقه بعد ذلك . وفى الثانية — الدعوى البوليصية — يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين اذا عهد هذا الى التصرف فى ماله اضرارا بحق الدائن ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف ليجعله غير نافذ فى حقه ، فيعود المال الى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه . وفى الثالثة — دعوى الصورية — يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضا اذا عمد هذا الى التظاهر بالتصرف فى ماله فيخرجه من الضمان العام بتصرف صورى ، فيطعن الدائن فى هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته ، ويستبقى بذلك مال المدين فى ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ بحقه . فالدائن فى هذه الدعاوى الثلاث واما ان يبقى فى ضمانه العام ما كاد ان يخرج بالدعوى غير المباشرة ، واما ان يعيد ما خرج بالدعوى البوليصية ، واما ان يستبقى ما لم يخرج الا ظاهرا بدعوى الصورية . ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تتركز كلها فى فكرة الضمان العام للدائنين » (الوسيط) الجزء الثانى ، الطبعة الثانية المنقحة ، فقرة ٥٢٦ ص ١٢٢٧ — ص ١٢٢٨ .

المجموع المعنوي من أموال المدين وديونه شيء مستقل عن شخصه ، وقد ينفصل عنه (١) . والنتيجتان الرئيسيتان اللتان أراد أوبرى ورو استخلاصهما من فكرة الاندماج فى الشخصية ليستا صحيحتين كما تبين مما تقدم . فالذمة المالية قد تنفصل عن صاحبها فى حال حياته ، كما أنها قد تتجزأ وقد تتعدد ، فلا محل اذن للقول باندماج الذمة المالية فى شخص صاحبها .

بل اننا نرى ، بالرغم من الرأى السائد فى الفقه الفرنسى ، أن الذمة المالية ، كما تنفصل عن صاحبها ، قد لا تستند الى شخص ما ، فيقوم مجموع من المال ذمة مالية ، لا لشخص طبيعى أو معنوى ، بل يكون مجموع المال هو ذاته الشخص المعنوى ، ويتميز عن الأشخاص الطبيعية المألوفة بأنه ليس مجموعا من الأشخاص الطبيعية اندمجت فى

---

(١) ويقول الأستاذ شفيق شحاته فى هذا المعنى : « فليست الذمة المالية صفة من صفات الشخص كما قال أوبرى ورو ومن تبعهما من أنصار النظرية التقليدية . وعلى ذلك يجب استبعاد جميع النتائج التى ترتبها المدرسة القديمة على ذلك التكييف القانونى الخاطىء . اما ان الذمة المالية ليست وصفا للشخص فمفهوم حتما من قولنا انها مجموعة من الحقوق . والغريب ان فقهاء المدرسة التقليدية يعرفونها كذلك ، ثم ينحرفون عن هذا التعريف فيقولون ان الذمة مجرد معنى فى الذهن (abstraction) وانها الوعاء الذى تستقر فيه الحقوق والالتزامات ، وان الوعاء قد يوجد دون أن توجد حقوق أو التزامات ، وعلى ذلك تكون الذمة وصفا اعتباريا لاصقا بالشخص ... اما انها الوعاء الذى ينتظم الحقوق والالتزامات لا هذه الحقوق والالتزامات بعينها ، فان هذا الوصف يؤدى بنا الى الخلط بين فكرة الذمة وفكرة الشخصية أو اهلية الوجوب . وقد خلط الفقهاء الاسلاميون فعلا بين هاتين الفكرتين . فهم يقولون ان الذمة ظرف يستقر فيه الوجوب . وقد عرفها العز بن عبد السلام (من فقهاء الشافعية) بأنها تقدير أن الانسان يصلح للالتزام والالزام من غير تحقق له . فالذمة واهلية الوجوب عندهم شيء واحد ، ولذلك يقولون ان الانسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه بخلاف سائر الحيوانات ، مما أدى بالبعض الى القول بان الذمة امر لا معنى له ولا حاجة اليه فى الشرع ، وانه من مخترعات الفقهاء يعبرون به عن وجوب الحكم على المكلف بثبوته فى ذمته (من التلويح) » (شفيق شحاته فقرة ٦ ص ١٠ — ص ١١) .

شخص معنوى . بل هو مجموع من المال أصبح هو نفسه شخصا معنويا، وخير الأمثلة لذلك نجدها فى الوقف ، وفى المؤسسات ، وفى التركة قبل سداد الديون فى رأى من يقول بأنها فى ملك المورث حتى تسدد الديون (١) .

المبحث الثانى

الحلول العينى (*)

(La subrogation réelle)

١٥٠ — ما هو الحلول العينى :

الحلول العينى بوجه عام يكون بخروج مال من ذمة شخص ودخول مال آخر فى نفس الذمة بدلا من المال الذى خرج ، فيحل المال الجديد محل المال القديم ويسرى عليه نفس النظام القانونى الذى كان ساريا على المال القديم .

---

(١) شفيق شحاته فقرة ٦ ص ١٢ — قارن مع ذلك حسن كيرة فقرة ٩ ص ٢٣ — ٢٤ .

(*) **مراجع** : اوبرى ورو واسمان ٩ فقرة ٥٧٦ — بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٢٦ — فقرة ٣٥ — بيدان ونوراران ٤ — بيكاز تكملة بودرى جزء ٣ فقرة ٣٤٥ وما بعدها .

رسائل : Masseron رسالة من بوردو سنة ١٨٧٦ — Paulmier رسالة من باريس سنة ١٨٨٢ — Stora رسالة من باريس سنة ١٩٠١ — Aurange رسالة من جرينويل سنة ١٩١٠ — Maguillant رسالة من ليون سنة ١٩١٢ — Henry رسالة من نانسى سنة ١٩١٣ — Boruet رسالة من ليل سنة ١٩٢١ — منصور مصطفى منصور رسالة (بالعربية) من القاهرة سنة ١٩٥٣ (وطبعت فى سنة ١٩٥٦) .

ابحاث : ديموج فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ ص ٢٣٦ وما بعدها وص ٢٩٥ وما بعدها وص ٣٤٦ وما بعدها — المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٢ ص ١٨٣ وما بعدها — كابيتان فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٩ ص ٣٨٥ — ص ٤١٦ — Cerban فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٤٧ — ص ٦٤ .

وقد وضع أوبرى ورو نظرة تقليدية فى الحلول العينى ألحقها بنظريته فى الذمة المالية ، اذ أوجب أن يكون الحلول العينى دائما فى مجموع معنوى من المال ، وبذلك تتلاقى نظرية الذمة المالية بنظرية الحلول العينى ، وقد أخذ الفقه أخيرا ينتقد النظرية التقليدية فى الحلول العينى ، ويقول بنظرية حديثة . فنتناول بالبحث النظرية التقليدية ، ثم النظرية الحديثة .

المطلب الأول

النظرية التقليدية فى الحلول العينى

١ — بسط النظرية التقليدية

١٥١ — شروط الحلول العينى :

يجب ، لتحقيق الحلول العينى ، توافر شروط ثلاثة :

الشرط الأول — أن يكون هناك شخص واحد له مجموعات من المال أو أكثر ، مثل ذلك الوارث الظاهر ، له مجموع المال الذى يملكه أصلا ومجموع المال أو التركة التى وضع يده عليها دون حق . ومثل ذلك أيضا الوارث بشرط الجرد فى القانون الفرنسى ، له مجموعة الأصلى والتركة التى قبلها بشرط الجرد . ومثل ذلك أخيرا المرأة المتزوجة فى القانون الفرنسى ، قد يكون لها مجموع من المال يمثل الدوطة (biens dotaux) ومجموع آخر يمثل مالها الخاص (biens paraphernaux) ، كما قد يكون لها مجموع من المال المشترك بينها وبين زوجها (biens communs) ومجموع آخر يمثل مالها الخاص (biens propres).

الشرط الثانى — أن يخرج مال معين ، فى أحد هذين المجموعين أو هذه المجموعات ، من ذمة الشخص . ويكون خروج المال اما بتصرف قانونى كما اذا باع الشخص هذا المال أو قايض عليه أو نزعت منه ملكيته ، أو بعمل مادى كما اذا هلك المال بتعد فيكون المتعدى مسئولا عن التعويض أو تكون شركة التأمين مسئولة عن دفع مبلغ التأمين .

الشرط الثالث — أن يدخل مال جديد فى ذمة نفس الشخص بدلا من المال الأول • مثل ذلك أن يدخل ثمن المال القديم أو ما يشترى بهذا الثمن فى ذمة الشخص ، أو يدخل عوض المقايضة ، أو يدخل التعويض عن نزع الملكية أو عن التعدى ، أو مبلغ التأمين ، أو ما يشترى بشىء من ذلك ، فى ذمة الشخص •

١٥٢ — أثر الحلول العينى :

يحل المال الجديد محل المال القديم فى نفس المجموع الذى خـرج منه المال القديم دون المجموع الآخر ، ويكسب المال الجديد الصـفة القانونية التى كانت للمال القديم •

ويكون هذا على سبيل المجاز القانونى (fiction légale) ؛ وبموجب هذا المجاز تنتقل الى المال الجديد الصفة القانونية (qualité juridique) التى كانت للمال القديم •

وتستعين النظرية التقليدية بقاعدتين تستعيرهما من أقوال المحشين (glossateurs) فى القانون الرومانى • بموجب القاعدة الأولى ، كل مال يدخل فى مجموع قانونى من الأموال يحل بحكم القانون محل المال الذى خرج ، وهذا بفضل تماثل عناصر الذمة المالية (fongibilité des éléments du patrimoine) ، فالمال الذى دخل مماثل للمال الذى خرج • وبموجب القاعدة الثانية ، لا يتحقق الحلول العينى بحكم القانون الا فى مجموع من المال ، أما بالنسبة الى مال معين بالذات فيجب لتحقق الحلول العينى نص فى القانون أو اتفاق ذوى الشأن •

٢ — انتقاد النظرية التقليدية

١٥٣ — أسس ثلاثة قامت عليها النظرية التقليدية :

يمكن القول بأن النظرية التقليدية تقوم على أسس ثلاثة :

١ — الأصل التاريخى ، اذ هى تنسب الى القانون الرومانى والقانون

الفرنسي القديم ، وسنرى أن هذه النسبة غير صحيحة •

٢ — التمييز بين المجموع من المال حيث يتحقق الحلول العينى بحكم القانون ، والمال المنفرد بذاته حيث لا يتحقق الحلول العيني الا بموجب القانون أو الارادة • وسنرى أن هذا التمييز أيضا لا يقوم على أساس •

٣ — كسب المال الجديد الصفة القانونية التى كانت للمال التقديم وذلك على سبيل المجاز القانونى • وسنرى آلا محل للقول بالمجاز القانونى فى الحلول العينى •

١٥٤ — الأصل التاريخى — عدم صحة نسبة النظرية التقليدية الى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم :

تتلخص النظرية التقليدية فى قاعدتين أولاهما تقضى بأن الحلول العينى يتحقق بحكم القانون فى المجموع من المال ، والأخرى تقضى بأن المال المنفرد بذاته لا يتحقق فيه الحلول العينى الا بنص أو اتفاق • وتنسب القاعدة الأولى الى القانون الرومانى . أما القاعدة الأخرى فتنسب الى القانون الفرنسى القديم •

فقد قيل ان القانون الرومانى كان يقضى بتحقق الحلول العينى بحكم القانون فى دعوى الارث (petitio hereditatis) وفى الاحلال العهدى (substitution fidéicommissaire) ، ففى دعوى الارث ، قيل بأن ثمن الشىء المبيع من التركة يحل محله ، وكذلك يحل الشىء الذى اشترى بنقود من التركة محل هذه النقود • ثم قيل ان هذا الحكم الخاص بالتركة عمم بعد ذلك على كل مجموع آخر من المال ، استنادا الى نص فى الموسوعة • ولكن المتابع لأحكام القانون الرومانى فى هذه المسألة لايلبث أن يتبين أن الرجوع انما يكون بدعوى الاثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة ، لا بموجب الحلول العينى • أما الاحلال العهدى فصورته أن يكلف شخص شخصا آخر قد تلقى مالا من تركته ، ويسمى المكلف (grevé) ، بأن يرد هذا المال عند وفاته الى شخص ثالث يسمى المستحق العهدى (appelé) ، فاذا تصرف المكلف فى بعض ما تلقاه

من المال واشترى بثمنه مالا آخر ، وجب عليه أن يرد هذا المال الآخـر عند وفاته الى المستحق العهدى ، وبذلك يكون الثمن قد حل محل المال الذى باعه المكلف . وحل الشىء الذى اشتراه محل الثمن • وهذا لاشك حلول عينى ، ولكن لا شأن له بمجموع المال ، فقد يكون الشىء المعهود برده شيئا منفردا بذاته لا مجموعا من المال ، فاذا بيع واشترى بثمنه شىء آخر حل هذا الشىء الآخر محل الشىء الأول ، ويتبين من ذلـك أن القانون الرومانى كان لا يعرف الحلول العينى فى المجموع من المال فدعوى الارث بعيدة عن أن تقرر هذه القاعدة ، والاحلال العهدى ، يقرر حلولا عينيا خاصا لا حلولا فى مجموع من المال ، وانما هم المحشـون (glossateurs) الذين نسبوا الى القانون الرومانى ما ليس منه •

أما القاعدة الثانية التى تقضى بأن فى الشىء المنفرد بذاته لا يكون هناك حلول عينى الا بنص أو اتفاق ؛ فقد خرج القانون الفرنسى القديم عليها ، وتوسع فى الحلول العينى فأقره فيما لم يرد فيه نص ولا اتفاق — فليس اذن صحيحا ما قيل من أن هذه القاعدة قد التزمها القانـون الفرنسى القـديم •

١٥٥ — التمييز بين المجموع من المال والمال المنفرد بذاته لا يقوم على أســاس :

سمى الفقه الفرنسى التقليدى الحلول العينى فى مجموع مـن المال بالحلول العام ، والحلول العينى فى مال منفرد بذاته بالحـلول الخاص • والتطبيقات التى توردها النظرية التقليدية للحلول العـام ليست صحيحة . فهى اما أن تكون تطبيقات خاطئة ، أو هى تطبيقات للحلول الخاص لا الحلول العام • فلا يوجد اذن تطبيق صحيح للحلول العام ، ومن ثم يصبح التمييز بين الحلول العام والحلول الخاص لايقوم عـلى أساس •

فمن التطبيقات الخاطئة للحلول العام حالة رجوع الوارث الحقيقى على الوارث الظاهر ، فيسترد الوارث الحقيقى من الوارث الظاهر ما

حصل عليه هذا الأخير من مقابل لبعض أموال التركة ، وقد قيل فى هذه الحالة ان المقابل الذى دخل التركه قد حل حلولا عينيا محل المال الذى خرج منها • ولكن الصحيح أنه يجب التمييز بين فرضين • فاما أن يكون الوارث الظاهر قد كسب المقابل تعويضا عن عمل غير مشروع أو عن نزع الملكية ، فالمقابل يكون من حـــــق الوارث الحقيقى ، لا بحكم الحلول العينى ، بل بحكم أن هذا الوارث هـــو المالك الحقيقى الـــذى اعتدى على ملكه او نزعت ملكيته • واما أن يكسب الوارث الظاهـــر المقابل بموجب تصرف قانونى ، فيكون اساس الرد الى الوارث الحقيقى الاثراء بلا سبب اذا كان الوارث الظاهر حسن النية ، أو العمل غــــير المشروع اذا كان سىء النية • وليس الأساس على كل حال الحـــلول العينى • ومن التطبيقات الخاطئة أيضا حالة بيع التركة ، فقد قيل ان بائع التركة ، اذا كان قد باع من قبل شيئا مما اشتملت عليه ، يلتزم بأن يرد للمشترى ما حصل عليه من مقابل ، أى ثمن ما بيع من أموال التركة والأموال التى اشتريت بنقود متحصلة منها والأموال التى كسبت مقايضة على أموال التركة ومبالغ التعويض ومبالغ التأمين التى تستحق عن هلاك الأموال الموروثة ، وذلك كله على أساس الحلول العينى • والصـــحيح أن أساس الرد هنا هو ارادة المتعاقدين المفترضة لا الحلول العينى ، ذلك أنه اذا كانت بعض الأموال قد تبدلت فى التركة المبيعة فالقانون يفترض أن المشترى يعلم بحدوث هذه التبدلات وأنه قبل شراء أموال البدل (١) • ومن التطبيقات الخاطئة أخيرا حالة التصرف فى المجموعات المادية ، كمكتبة أو قطيع ، فلو باع شخص مكتبة أو قطيعا من الغنم ، وقبل التسليم الى

---

(١) ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا الصدد : « ومـــما يقطع بأن اساس الرد ليس الحلول ان البائع يلتزم برد ثمن ما باعه من أموال التركة ولو كان قد قبضه ، وبالتالى اختلط بباقى أمواله ، مع ان المسلم أنه يلزم لتحقق الحلول ان يكون المال المستبدل محتفظا بذاتيته المتميزة وهو شرط متخلف فى هذا الفرض » (منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى فقرة ٣٧ ص ٥٣) •

المشترى تصرف فى بعض الكتب أو فى أفراد القطيع معاوضة ، فقد قيل ان المقابل يحل محل الأصل فى المجموع المادى ويجب تسليمه للمشترى ، على أساس الحلول العينى ، والصحيح أنه لا محل للحلول العينى ، ويجب القول بأن بائع المكتبة أو القطيع لا يحق له التصرف بعد أن باع ، واذا تصرف فان تصرفه يكون صادرا من غير مالك ، ولا ينفذ فى حق المشترى •

بقيت التطبيقات التى هى فى الواقع تطبيقات للحلول الخاص لا للحلول العام ، فمنها حالة أموال المفقود فى يد الوارث اذا تصرف الوارث فى بعضها بمقابل ، فان هذا المقابل يحل حلولا عينيا محل المال المتصرف فيه • ولكن لسنا فى حاجة هنا الى اشتراط أن يكون ذلك فى مجموع من المال ، ولايتغير الحكم لو نظرنا الى المال المتصرف فيه منفردا بذاته لا عنصرا فى مجموع • فان المقابل يحل محله حلولا عينيا فى جميع الأحوال • وبذلك يكون هذا التطبيق انما هو تطبيق للحلول الخاص لا للحلول العام • وكذلك الأمر فى حالة قبول التركة بشرط الجرد ، فما خرج من اموال هذه التركة يحل مقابلة محله • ومناط تحقيق الحلول هنا هو خضوع الأموال لنظام قانونى خاص ، فلا أهمية لوصف هذه الأموال بأنها مجموع ، ويكون الحلول هنا أيضا حلولا خاصا لا حلولا عاما •

١٥٦ — لا محل للقول بالمجاز القانونى :

وتصف النظرية التقليدية الحلول العينى بأنه مجاز قانونى ، وترتب على ذلك نتيجته المنطقية وهى عدم جواز التوسع فى تفسير النصوص المقررة للحلول العينى •

والواقع أن الحلول العينى ليس مجازا ، ومعناه فى جميع الأحوال اعطاء المال المستبدل حكما قانونيا ما كان ليأخذه بحسب القواعد العامة • وهذه المخالفة للقواعد العامة لا تكفى وحدها لوصف الحلول العينى بأنه مجاز قانونى • وانما يكون الحلول العينى مجازا قانونيا اذا هو افترض للشىء طبيعة تخالف طبيعته ، فافترض المنقول عقارا مثلا •

ولكن الحلول العينى لا يفترض المنقول عقارا ، وانما يبقيه منقولا كما هو . وان كان يعطيه حكما يخالف القواعد العامة . فاين هذا من المجاز .

واذا امكن رد احوال الحلول العينى الى قاعدة عامه ، انتفى عن الحلول . لا وصف المجاز فحسب . بل ايضا وصف انه استثناء لايجوز التوسع فيه . ورد احوال الحلول العينى الى قاعده عامه هو ما تكفلت به النظريه الحديثه .

المطلب الثانى

النظرية الحديثة فى الحلول العينى

١ — بسط النظرية الحديثة

١٥٧ — حالتان للحلول العينى — الحلول العينى ليس مجازا قانونيا:
ترد النظرية الحديثة أحوال الحلول العينى بحكم القانون الى حالتين:

(الحالة الأولى) عندما يكون هناك مجموع من المال واجب الرد ، وتراد معرفة العناصر التى يشتمل عليها هذا المجموع لتكون محلا للرد . فى هذه الحالة اذا خرج أحد هذه العناصر من المجموع قبل الرد ، وكان له مقابل ، فان هذا المقابل يحل بحكم القانون محل المال الذى خرج ويجب رده ضمن سائر عناصر المجموع .

(الحالة الثانية) اذا كان هناك شىء خصص لغرض معين ، ثم خرج من ملك صاحبه بمقابل ، فان هذا المقابل يحل بحكم القانون محل الشىء فى نفس الغرض الذى كان الشىء مخصصا له من قبل ، وفى غير هاتين الحالتين لا يتحقق الحلول العينى بحكم القانون ، وانما يتحقق بموجب نص خاص أو بناء على اتفاق ذوى الشأن .

وليس الحلول العينى مجازا قانونيا ، فهو لا يخلع على الشىء المستبدل طبيعة أخرى غير طبيعته ولا يغير من تكييفه القانونى . وانما

يقتصر على جعل هذا الشيء خاضعا للرد ضمن عناصر المجموع فى الحالة الأولى ، وعلى تخصيصه لنفس الغرض الذى كان الشيء المستبدل به مخصصا له من قبل فى الحالة الثانية (١) .

١٥٨ — الحالة الأولى — مجموع من المال واجب الرد :

يكون هناك حلول عينى بحكم القانون فى المجموع من المال واجب الرد ، ويتحقق ذلك فى فروض مختلفة ، منها التركة تحت يد الوارث الظاهر اذا وجب ردها الى الوارث الحقيقى ، ومنها بيع الوارث للتركة عندما يجب تسليمها للمشترى ، ومنها أموال المفقود اذا وجب ردها اليه عند ظهوره حيا . فاذا أخرج المطلوب منه الرد من مجموع المال الذى تحت يده شيئا بمقابل ، فان المقابل يحل بحكم القانون محل هذا الشيء ويجب رده مع سائر الأشياء التى يشتمل عليها المجموع . مثل ذلك أن يبيع الوارث الظاهر من أعيان التركة التى تحت يده شيئا ، ويقبض الثمن ، ثم يشترى بالثمن شيئا آخر ، فان الثمن فى هذا الفرض يحل بحكم القانون محل الشيء المبيع ، ثم يحل الشيء المشترى محل الثمن بحكم القانون أيضا ، واذا طالب الوارث الحقيقى الوارث الظاهر برد التركة ، وجب على هذا الأخير أن يردها اليه ويشمل الرد الشيء المشترى الذى حل محل الثمن . ومثل ذلك أيضا أن يبيع الوارث التركة ، وقبل تسليمها للمشترى يهلك أحد أعيانها بخطأ الغير فيتقاضى الوارث تعويضا ، أو يهلك بغير خطأ فيتقاضى الوارث مبلغ تأمين مستحقا بعقد تأمين ، فيحل بحكم القانون التعويض أو مبلغ التأمين محل العين التى هلكت . وعندما يطالب مشترى التركة البائع بتسليمها ، يجب على هذا الاخير أن يسلم فيما يسلم التعويض أو مبلغ التأمين ، أو الشيء الذى اشتراه بالتعويض أو مبلغ التأمين ، الى المشترى ، ومثل ذلك أخيرا اذا نزعت ملكية عين من أموال المفقود للمنفعة العامة ، واستولى الوارث واضع اليد على التعويض المستحق ، فان هذا التعويض يحل بحكم القانون

(١) بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٢٩ ص ٣٤ .

محل العين التي نزعت ملكيتها . واذا ظهر المفقود ، فانه يسترد من الوارث فيما يسترد هذا التعويض ، أو ما عسى أن يكون الوارث قد اشتراه بهذا التعويض .

ونرى من ذلك أن الشيء يخرج من مجموع المال واجب الرد بطرق مختلفة . فقد يخرج بتصرف قانوني ، كبيع أو مقايضة ، فيحل الثمن أو الشيء الذي اشترى بالثمن أو بدل المقايضة محل الشيء الأصلي . وقد يخرج بواقعة مادية كالهلاك ، فيحل التعويض أو مبلغ التأمين محله . وقد يخرج بنزع الملكية ، فيحل التعويض كذلك محله .

ويجب ، حتى يتحقق الحلول العيني بحكم القانون في هذه الحالة ، أن يكون الواجب الرد هو مجموع من المال ، لا شيء منفرد بذاته . فاذا كان الشيء الواجب الرد شيئا منفردا بذاته ، فان المقابل لا يحل محله حلولا عينيا بحكم القانون ، ويجب حتى يكون هناك حلول عيني أن يكون ذلك بموجب نص خاص (١) أو بناء على اتفاق ذوى الشأن .

١٥٩ — الحالة الثانية — شيء خصص لغرض معين :

اذا خصص شيء لغرض معين ، فانه ينظر اليه باعتباره قيمة مالية بصرف النظر عن ذاتيته المادية . ويترتب على ذلك أنه اذا وقع ما يستوجب استغلال هذه القيمة المالية في شيء آخر يستبدل بالشيء الأول ، أو ما يجعل هذا الاستغلال نافعا ، واستبدل بالشيء الأول صاحبه شيئا آخر ، فان هذا الشيء الآخر يحل قانونيا محل الشيء الأول ، ويكون مخصصا لنفس الغرض الذي كان الشيء الأول مخصصا له . ذلك أن الغرض الذي خصص له الشيء الأول لايزال قائما ، فيبقي ويصبح الشيء الآخر مخصصا له بدلا من الشيء الأول . ونرى من ذلك أن الذاتية المادية للشيء غير مقصودة لذاتها في التخصيص للغرض ، والعبرة بالقيمة المالية .

---

(١) انظر امثلة للنص الخاص : م ٢/٥٧٥ تجاري فرنسي ، وم ٣٨١ تجاري مصري ، وم ٣٧ من قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٣٠ في فرنسا الخاص بعقد التأمين .

فاذا تجسمت هذه القيمة فى شىء مادى آخر ، كان من الطبيعى أن يبقى الغرض قائما ومتصلا بالشىء الجديد الذى تجسمت فيه القيمة المالية ، ومن ثم يصبح هذا الشىء الجديد مخصصا لهذا الغرض (١) • والذى يعتد به فى هذه الحالة هو فكرة التخصيص (affectation) ، لا فكرة الأصل (origine) التى اعتد بها فى الحالة الأولى •

والأمثلة على ذلك كثيرة متنوعة • منها أن يهب شخص شخصا آخر مالا أو يوصى له به ، على أن يخصص هذا المال لعمل معين من أعمال البر والاحسان • فهذا المال قد خصص لغرض معين ، فاذا باعه الموهوب له به واشترى بثمنه مالا آخر ، فان هذا المال الآخر يحل بحكم القانون محل المال الأول ، ويصير مخصصا لعمل البر الذى كان المال الأول مخصصا له • ومن ذلك أيضا الوقف فى الشريعة الاسلامية ، فالمال الموقوف قد رصد لجهة خيرية لا تنقطع ، فهو اذن مخصص لغرض معين • فاذا استبدلت بالعين الموقوفة عين أخرى ، حلت العين الأخرى بحكم القانون محل العين الموقوفة ، وصارت وقفا على الجهة الخيرية نفسها دون حاجة الى اشهاد جديد بالوقف • ومن ذلك أيضا ملكية الأسرة ، فاذا اتفق أعضاء الأسرة الواحدة على تخصيص أموال معينة لتكون ملكا للاسرة (م٨٥١ مدنى) ، فقد خصصت هذه الأموال لغرض معين • فاذا بيعت عين من هذه الأموال واشترى بثمنها عين أخرى ، فقد حلت هذه العين الأخرى بحكم القانون محل الأولى ، وأصبحت داخلة فى ملك الأسرة • ومن ذلك أيضا المال الشائع المتفق على مبقائه فى الشيوع لمدة معينة ، فقد خصص هذا المال لغرض معين ومن أجل ذلك اتفق على بقائه فى الشيوع • فاذا نزعت ملكية هذا المال للمنفعة العامة أو هلك ، واشترى بالتعويض مال اخر ، فان هذا المال الآخر يحل قانونا محل المال الأول ، ويصبح مثله باقيا فى الشيوع • ومن ذلك أخيرا المال

---

(١) وفى هذا ضرب من التناسخ ، فان القيمة المالية ، التى كانت حالة فى شىء مادى معين بالذات ، حلت الآن فى شىء مادى آخر ، كما قيل فى تناسخ الأرواح من أنها تنتقل من جسم الى جسم آخر •

المرهون ، فانه يصبح برهنه مخصصا لغرض معين هو تأمين الدين • فاذا هلك المال بخطأ الغير أو نزعت ملكيته للمنفعة العامة ، فان التعـــويض (أو مبلغ التأمين اذا كان المال مؤمنا عليه) يحل بحكم القانون محل المال المرهون ، ويصبح مثله محملا بنفس التأمين •

ونرى من ذلك أن الشيء في هذه الحالة الثانية يخرج ويحل محله شيء جديد ، على النحو الذي رأيناه في الحالة الأولى • فقد يخـــرج بتصرف قانوني كبيع أو مقايضة ، فيحل الثمن أو البدل محله • وقد يخرج بواقعة مادية كالهلاك ، فيحل التعويض أو مبلغ التأمين محله • وقـــد يخرج بنزع الملكية ، فيحل التعويض كذلك محله •

ومعنى أن يحل الشيء الجديد حلولا عينيا محل الشيء القديم ، أنه يخضع لنفس النظام القانوني الذي كان الشيء القديم خاضعا له بحكم تخصيصه للغرض المعين الذي كان مخصـــصا له ، فيصـــبح الشيء الجـــديد مثلا خاضـــعا لنظـــام الوقف كمـــا كان الشيء القديم ، أو يصبح جزءا من ملكية الأسرة ، أو يصبح باقيـا في الشيوع ، أو يصبح محلا للتأمين العيني ، الى غير ذلك من النظـــم القانونية المختلفة التي كانت الاشياء القديمة خاضعة لها • وقد قدمنا(١) أن الحلول العيني ليس مجازا قانونيا ، فهو لا يغير من طبيعة المال ولا يعدل من وضعه القانوني ، وانما يجعل الشيء الجديد خاضعا لنفس النظام القانوني الذي كان الشيء القديم خاضعا له •

١٦٠ — رد حالتي الحلول العيني الى حالة واحدة هي حالة الخضوع لنظام قانوني معين :

ومن أجل ذلك أخذ بعض الفقهاء المحدثين (٢) • بفكرة مبســطة

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٥٧ •

(٢) انظر اسمان في الأسبوع القضائي ١٩٢٨ ص ٦٦ — دي باج ٥ فقرة ٣٩٤ وما بعدها — بيدان وفوازان ٤ فقرة ٤٢ وما بعدها — منصـــور مصطفى منصور في رسالته في الحلول العيني — اسماعيل غانم في رسالته في الذمة المالية فقرة ٥٨ •

فى الحلول العينى • فعند هؤلاء الفقهاء لا توجد الا حالة واحدة فى الحلول العينى تضم الحالتين المتقدمتى الذكر ، فحيث يخضع المال ، سواء كان مجموعا من المال أو كان مالا منفردا بذاته ، لنظام قانونى خاص بسبب تخصيصه لغرض معين ، فان بدل هذا المال يحل بحكم القانون محله ، فيخصص لنفس الغرض ، ويخضع لنفس النظام القانونى الخاص • يستوى فى ذلك المجموع من المال الواجب الرد فان هذا المجموع مخصص للرد وخاضع لنظام قانونى خاص ، والمال المنفرد بذاته فهو أيضا مخصص لغرض معين وخاضع لنظام قانونى خاص • فتتلاقى الحالتان اذن فى حالة واحدة ، هى حالة الخضوع لنظام قانونى خاص بسبب التخصيص لغرض معين •

ويظهر التخصيص كما قدمنا منذ خضوع المال لنظام قانونى خاص ، أى لمركز قانونى يختلف عن المركز القانونى الذى تخضع له الأموال بصفة عامة • ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا الصدد : « ويظهر التخصيص اذا خضع المال لمركز قانونى يختلف عن المركز القانونى الذى تخضع له باقى أموال الذمة • فقد يكون المال غير جائز التصرف فيه ، أو غير جائز التصرف فيه الا بقيود معينة كالحصول على اذن شخص آخر • وقد تكون منفعة المال لغير مالكه • وقد يكون المالك هو صاحب الحق فى التصرف أو فى الادارة على خلاف الأصل ، كما هو الحال بالنسبة للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة فى القانون المصرى والزوجة فى القانون الفرنسى بالنسبة للاموال المكتسبة من العمل الخاص • وقد يكون لبعض الدائنين على المال حقوق تقتضى تمييزهم ، على خلاف الأصل ، عن باقى الدائنين ، وهو ما يتحقق بالنسبة للتأمينات العينية جميعا • بل ان الحق قد يكون لشخص لا يعتبر دائنا لمالك المال الذى يرد عليه ، كما هى الحال بالنسبة لحق الدائن المرتهن لعقار غير مملوك لمدينه • ففى هذه الأحوال نجد أن للمال مركزا قانونيا خاصا ، وبذلك تعتبر مخصصا بالمعنى الذى يناط به الحلول العينى » (١) •

---

(١) منصور مصطفى منصور فى رسالته فى الحلول العينى ص ١٣١ — =

٢ — تطبيقات للحلول العينى فى القانون المدنى المصرى

١٦١ — عدم وضع قاعدة عامة للحلول العينى فى القانون المدنى المصرى :

لا يوجد فى القانون المدنى المصرى قاعدة عامة للحلول العينى ، وقل أن توجد هذه القاعدة العامة فى قوانين البلاد الأخرى (١) .

ولم يحن الوقت بعد لوضع قاعدة تشريعية عامة فى الحلول العينى ، والأولى أن تترك هذه المسألة للفقه والقضاء حتى يتم تطورها ، وتصبح قابلة لأن يحتويها تشريع مستقر ثابت .

ومع ذلك فان التقنين المدنى المصرى قد اشتمل على طائفة من النصوص تقرر الحلول العينى فى كثير من الحالات ، وهذا التقنين هو من أكثر التقنينات تعميما للقواعد التى تقرر الحلول العينى (٢) .

= وانظر فى شروط الحلول العينى نفس المرجع ص ١٢٦ — ص ١٣٣ وص ١٤١ — ص ١٥٤ — حسن كيرة فقرة ٤٤ .

(١) فلا توجد الا تطبيقات متناثرة للحلول العينى فى التقنين المدنى الفرنسى ، وكذلك الحال فى التقنين المدنى الايطالى والتقنين المدنى الأسبانى والتقنين المدنى البرتغالى والتقنين المدنى السويسرى . ولا توجد قاعدة عامة فى الحلول العينى الا فى التقنين المدنى الألمانى : انظر المواد ١٣٧٠ و ١٤٧٣ و ١٥٢٤ و ٢٠٤١ و ٢١١١ و ٢٣٧٤ من هذا التقنين (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥) .

(٢) ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا الصدد : « وبالرغم من تقدم الدراسات نسبيا فى هذا الصدد ، فنعتقد ان الوقت لم يحن بعد لتقرير نظرية الحلول العينى تقريرا تشريعيا . ولذلك نجد القانون المدنى — وهو من احدث القوانين — يسلك نفس السبيل فى تجنب وضع نظرية عامة شاملة لكل صور الحلول العينى ، وهو مسلك موفق . كما وفق المشرع المصرى ايضا اذ ذهب اكثر من غيره الى التعميم عند وضعه للقواعد التى تقرر الحلول العينى فى بعض صور التخصيص . فنجده مثلا يقرر حلول ما يستبدل بالأموال المحملة بتأمينات عينية محلها ، أيا كان التأمين العينى ، وأيا كان المقابل . كما انه يقرر حلول كل ما يستبدل بالأموال المحملة بحقوق انتفاع محلها . الا انه مع ذلك لم يذهب الى هذا الحد من التعميم فى صور أخرى . فنجده مثلا يقرر حلول الثمن محل المال المحبوس اذا بيع لخشية الهلاك او التلف (م ٣/٢٤٧) دون أن يتعرض للصور الأخرى التى يتحقق فيها استبدال مال بالمال المحبوس ، وتقتضى =

فنبدأ بعرض النصوص الواردة فى التقنين المدنى المصرى مقررة للحلول العينى ، ثم نعرض لتطبقات آخرى للحلول العينى لم يرد فى شأنها نص .

١٦٢ — نصوص فى التقنين المدنى المصرى تقرر الحلول العينى :
هناك طوائف ثلاث من النصوص فى التقنين المدنى المصرى تقرر الحلول العينى :

(الطائفة الأولى) وهى أهمها وأكثرها ، وتقرر انتقال التأمينات العينية من العين التى كانت مثقلة بهذه التأمينات الى العوض الذى حل حلولا عينيا محل هذه العين . وهذا العوض قد يكون الثمن ، أو التعويض من التلف ، أو مبلغ التأمين ، أو التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، أو أى عوض آخر يحل محل العين .

ونبدأ بالمادة ١٠٥٦ مدنى ، وهى تقرر المبدأ العام فى الرهن الرسمى ، فتنص على أن « يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل منهم ، ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد » . وتطبيقا لذلك تنص المادة ١٠٤٩ مدنى على أنه « اذا هلك العقار المرهون أو تلف لأى سبب كان ، انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة » . وتطبيقا لذلك أيضا تنص المادة ٢/١٠٣٩ مدنى على ما يأتى : « واذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة

= حماية من له الحق فى الحبس انتقال حقه الى المال المستبدل كما لو كنا بصدد تعويض عن هلاك المال المحبوس . بل انه سكت سكوتا تاما فى بعض صور التخصيص ، فلم يتعرض لحكم الأموال التى تستبدل بالأموال التى اشترط عدم جواز التصرف فيها والأموال المكونة للمؤسسة مثلا » (منصور مصطفى فى الحلول العينى ص ١٧٥ — ص ١٧٦) .

فى العقار أو جزاء مفرزا من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ... » . وأورد التقنين المدنى أيضا تطبيقا خاصا برهن المبانى القائمة على أرض الغير رهنا رسميا ، فنصت المادة ١٠٣٨ مدنى على أنه « يجوز لمالك المبانى القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض اذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض اذا استبقى المبانى وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق » .

هـذا فيما يتعلق بالرهن الرسمى . وأما فيما يتعلق بحق الاختصاص ، فقد نصت المادة ١٠٩٥ مدنى على أن « يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام ، وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه ، وذلك كله مع عدم الاخلال بما ورد من أحكام خاصة » . ولم يرد فى شأن حق الاختصاص أحكام خاصة تتعارض مع النصوص التى سبق أن ذكرناها فى انتقال الرهن الرسمى الى عوض العقار المرهون ، ومن ثم فان هذه النصوص تنطبق على حق الاختصاص انطباقها على حق الرهن الرسمى .

وفيما يتعلق برهن الحيازة نصت المادة ١١٠٢/٢ مدنى على ما يأتى : « وتسرى على الرهن الحيازى أحكام المادتين ١٠٤٨و١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشىء المرهون رهنا رسميا أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشىء المرهون الى ما حل محله من حقوق » . وهذا نص عام ينقل أحكام الحلول العينى فى الرهن الرسمى الى رهن الحيازة . وتطبيقا لذلك نصت المادة ١١١٩ مدنى على أنه « ١ — اذا كان الشىء المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شىء آخر يقوم

بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق ٠ ٢ — ويفصل القاضى فى أمر ايداع الثمن عند الترخيص فى البيع ، وينتقل حق الدائن فى هذه الحالة من الشيء الى ثمنه » ٠ ثم ورد تطبيق خاص فيما يتعلق بالدين المرهون رهن حيازة ، فنصت المادة ١/١١٢٨ مدنى على أنه « اذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجـوز للمـدين أن يوفى الدين الا للمرتهن والراهن معا ، ولكل من هذين أن يطلب الى المدين ايداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن الى ما تم ايداعه » ٠

وفيما يتعلق بحقوق الامتياز على عقار ، نصت المادة ١/١١٣٤ مدنى على أن « تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحـكام الرهن الرسمي والتى سبق ذكرها ، على حقوق الامتياز على عقار ٠ وقد الحقوق ٠٠ » ٠ ومن ثم تطبق النصـوص الخاصة بالحلول العينى فى الرهن الرسمي والتى ذكرها ، على حقوق الامتياز على عقار ٠ وقـد أكدت ذلك المادة ١٠٣٥ مدنى حين نصت على أن « يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه» ٠

وفى عقد التأمين من الحريق ، طبقت المادة ١/٧٧٠ مدنى الحلول العينى على مبلغ التأمين ، فنصت على أنه « اذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلا برهن حيازى أو رهن تأمينى أو غير ذلك من التأمينات العينية ، انتقلت هذه الحقوق الى التعويض المستحق المدين بمقتضى عقـد التـأمين » ٠

وفى الشفعة ، طبقت المادة ٩٤٧ مـدنى الحلول العينى ، فنقلت التأمينات العينية من العقار المشفوع فيه الى ما حل محله من الثمن ، اذ نصت على أنه « لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده ، اذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه اعلان الرغبة فى الشفعة ٠ ويبقى مع ذلك الدائنين المقيدين

ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار » (١) •

(الطائفة الثانية) وهى خاصة بالحق فى الحبس ، فهو ينتقل من الشىء الى ثمنه بحكم الحلول العينى • وقد نصت المادة ٣/٢٤٧ مدنى فى هـذا المعنى على ما يأتى : « واذا كان الشىء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشىء الى ثمنه » (٢) •

(الطائفة الثالثة) وهى خاصة بحق الانتفاع ، فينتقل هذا الحق من الشىء الى عوضه بحكم الحلول العينى • وقد نصت المادة ١/٩٩٤ مدنى فى هذا المعنى على ما يأتى : « ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشىء ، الا أنه ينتقل من هذا الشىء الى ما قد يقوم مقامه من عوض » (٣) •

١٦٣ ـ تطبيقات أخرى للحلول العينى فى القانون المدنى المصرى لم يرد فى شأنها نص :

وليست النصوص التى أوردناها فيـما تقـدم هى كل تطبيقات الحلول العينى فى القانون المدنى المصرى ، فهناك تطبيقات أخرى لـم يرد فى شأنها نص ، ولكن تسرى عليها القاعدة العامة فى الحلول العينى التى تقررها النظرية الحديثة فيما قدمنا • ونذكر من هـذه التطبيقات ما يأتى :

---

(١) انظر فى هذه الطائفة الأولى من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ٢١١ ـ ص ٢٣٥ ـ حسن كيرة ص ١٣٩ ـ ص ١٤٣ ـ وقارن اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ١٢٣ هامش ١ •

(٢) انظر فى هذه الطائفة الثانية من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ٢٤٥ ـ ص ٢٥٣ •

(٣) انظر فى هذه الطائفة الثالثة من النصوص وما عرض له الفقـه بشأنها : منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ٢٥٤ ـ ص ٢٦٦ •

١ — **الأموال الموقوفة** : لم يرد فى هذا الشأن نص فى التقنين المدنى ، سوى أن المادة ٣/٥٢ نصت على اعتبار الوقف شخصا معنويا . أما قانون الوقف فقد نص صراحة فى المادة ١٤ منه على أن العقار أو المنقول الذى يشترى بأموال بدل العين الموقوفة « يحل محل العين الموقوفة » . وهذا هو الاستبدال المعروف فى نظام الوقف . وكلامنا هنا مقصور على الوقف الخيرى ، بعد الغاء الوقف الأهلى . فأموال البدل . كالثمن والتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة . تحل بحكم القانون حلولا عينيا محل العين الموقوفة . وما يشترى بأموال البدل من عقار أو منقول يحل هو أيضا بحكم القانون محل أموال البدل ، ويصبح موقوفا بمجرد الشراء . ذلك أن العين الموقوفة ابتداء قد خضعت لمركز قانونى خاص يقضى بعدم جواز التصرف فيها وبصرف غلتها لجهة معينة ، اذ أنها خصصت لغرض معين . ومن ثم فان العين التى تشترى بدلا منها تحل محلها حلولا عينيا بحكم القانون . فتصبح وقفا على نفس الجهة (١) . ولا حاجة لاشهاد بوقف جديد حتى تصبح العين المشتراة موقوفة ، بل ان مجرد الشراء يجعلها وقفا كما سبق القول .

---

(١) انظر فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ١٧٧ — ص ١٨٣ — وقد قيل ان مال البدل انما يخضع للقواعد الخاصة التى كان يخضع لها المال المبدل لا لأنه حل محله ، بل لمجرد أنه مملوك للوقف اذ الوقف شخص معنوى (اسماعيل غانم فى الذمة المالية ص ١٠٥ هامش ٢) . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى الاجابة على هذا الاعتراض : « وهو قول مردود ، اذ لا يمكن قبوله الا اذا كان الشخص المعنوى لا يمكن ان يتملك أموالا أخرى غير الأموال الموقوفة ، أو كان الأصل أن ما يملكه يعتبر موقوفا بحيث يثبت له هذا الوصف بمجرد تملك هذا الشخص له . ونرى أن كلا الأمرين غير صحيح . فالشخص المعنوى قد يملك أموالا غير الأموال الموقوفة ، كأموال الغلة قبل توزيعها على المستحقين ، والأموال التى تكتسب بفائض الغلة سواء قصد استغلالها أو كانت لازمة لاستغلال الأموال الموقوفة كآلات الزراعية والمواشى . . . الخ . ومن ناحية أخرى فلن المال لا يعتبر وقفا لمجرد أنه مملوك لجهة الوقف ، ذلك أن مناط اعتبار المال وقفا هو حصول الاشهاد =

٢ — أموال المؤسسة : أمـوال المؤسسة ، كالاموال الموقوفـة ، مملوكة لشخص معنوى ، وهى مثلها خاضعة لمركز قانونى خاص لأنها مخصصة لغرض معين هو عمل من أعمال البر أو النفع العام • وقـد نصت المادة ٦٩ مدنى فى هذا المعنى على أن « المؤسسة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال ، مدة غير معينة ، لعمل ذى صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأى عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد الى أى ربح مادى » • وليس الوقف فى الواقع من الأمر الا مؤسسة تخضع للأحكام المعروفة فى الشريعة الاسـلامية • ويجوز الاستبدال فى أموال المؤسسة كما يجوز الاستبدال فى الأموال الموقوفة ، ويتحقق الحلول العينى فى المؤسسة كما يتحقق فى الوقف • فاذا استبدل بمال للمؤسسة مال آخر ، فان هذا المال الآخر يحل حلولا عينيا محل المال الأول ، ويخضع للمركز القانونى الخاص الذى تخضع له أموال المؤسسة ، ويصبح مخصصا للأغراض التى كان المـال الأول مخصصا لها (١) • وكالاسـتبدال الاختيـارى تبديل أمـوال المؤسسة جبرا ، كما لو نزعت ملكيتها للمنفعة العـامة ، أو هلكت بتعد ووجب التعويض ، أو تلفت وكان مؤمنا عليها فاستحق مبلغ التأمين (٢) •

= على ذلك وضبطه بالحكمة الشرعية • فالأصل الذى تخضع له أمـوال الشخص المعنوى هـو الحرية لا الحبس ، وهـو ما يدعو الى الحاجة الى الحلول العينى حتى يخضع مال البدل للمركز الخاص • واخيرا فان المراكز الخاصة قد تتعدد لتعدد الأغراض التى يراد تحقيقها من الأموال الموقوفة فى يد نفس الشخص المعنوى ، بحيث يجب دائما الاحتفاظ بالفصل بين طوائف الأموال المخصصة لأغراض مختلفة ، فقد يقف شخص عدة أموال بعضـها لتحقيق غرض معين والبعض الآخر لتحقيق اغراض اخرى » (منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ١٧٩ — ص ١٨٠) •

(١) ولا يعترض هنـا ، كمـا لا يعترض فى الوقف ، بأن المؤسسة شخص معنوى فالمال الذى يستبدل ويدخل فى ملكها يصبح خاضـعا لنظامها ، لا بحكم الحلول العينى ، بل بحـكم انه أصبح مـالا مملوكا للمؤسسة • والرد على الاعتراض هو نفس الرد على الاعتراض الذى رأيناه فى الوقف (انظر منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ١٨٥) •

(٢) انظر فى هذه المسألة منصور مصطفى منصور فى الحلول العينى ص ١٨٤ — ص ١٨٩ •

٣ — **ملكية الأسرة** : تنص المادة ٨٥١ مدنى على أن « لأعضـــاء الأسرة الواحدة ، الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على انشاء ملكية للأسرة • وتتكون هذه الملكية اما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، واما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على ادخاله فى هذه الملكية » • وتنص المادة ٨٥٣/١ مدنى على أنه « ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لأى شريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة الا بموافقة الشركاء جميعا » • وتنص المـادة ٨٥٤/١ مـدنى على أن « للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للادارة واحدا أو أكثر ، وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك » • ونرى من هذه النصوص أن ملكية الأسرة مال شائع بين أفراد الأسرة ، وقد خصص لغرض معين يرجع الى وحدة العمل أو المصلحة التى تجمع ما بين أفراد الأسرة ، وأخضع لمركز قانونى خاص يكفل تحقيق هذا الغرض • ويقضى هـذا المركز القانونى بأنه لا يجـوز للشركاء أن يطلبوا القسـمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجـوز لشريك أن يتصرف فى نصـيبه لأجنبى الا بموافقة الشركاء جميعا ، ويعين من بين أفراد الأسرة مدير لهـذا المال له سلطة واسعة فى ادارته لتحسين طرق الانتفاع به • فهـذه شروط الحلول العينى كلها متوافرة • ويترتب على ذلك أنه اذا أبدلت بعين من مال الأسرة عين أخرى ، بسبب تصرف قانونى أو هـلاك أو نزع ملكية أو عقد تأمين أو غير ذلك ، فان هذه العين الأخرى تحل محل العين الأولى حلولا عينيا بحكم القانون ، وتصبح مثلها جزءا من مال الأسرة ، مخصصة لنفس الغرض ، وخاضعة للمركز القانونى الخاص الذى تخضع له سائر أموال الأسرة (١) •

---

(١) انظر فى هذه المسألة منصور مصطفى منصور فى الحلـول العينى ص٢٠٥ — ص ٢١٠ — ويقول فى النهاية : «فاذا صح ما ذهبنا اليه بالنسبة =

٤ — الأموال التي لايجوز التصرف فيهـا : قد تكـون هناك أموال لا يجـوز التصرف فيها ، فتخضـع لمركز قانوني خاص تحقيقا لغرض معين . من ذلك ما نصت عليه المادة ٨٢٣ مدني من أنه « ١ — اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصـح هذا الشرط ما لم يكن مبنيـا على باعث مشروع ، ومقصـورا على مدة معقولة . ٢ — ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حمـاية مصـلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف اليـه أو للغير . ٣ — والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليـه أو الغير » . ثم نصت المادة ٨٢٤ مدني على أنه « اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له باطلا » . كذلك يكون المال غير جائز التصرف فيه بحكم القانون بعـد تسجيل تنبيه نزع الملكية (م ٤٠٥ مرافعات) ، اذ يصبح مخصصا لوفاء الدين وخاضـعا لمركز قانوني خاص . ففي هذه الحالة وفي الحالة المتقدمة ، يكون المال غير الجـائز التصرف فيه مستوفيا لشروط الحلول العيني ، فهو مال خاضـع لمركز قانوني خاص اذ لا يجوز التصرف فيـه ، وكل تصرف يقع باطلا لأن عدم التصرف يعتبر تكليفا عينيا يتصل بذات المال . ثم هو مخصـص لتحقيق غرض معين ، قد يكون حماية مصـلحة مشروعة لمشترط عدم التصرف أو لمن تصرف له هذا المشترط أو للغير ، وقد يكون وفاء دين ينفذ به على المال . فاذا أبدل بهذا المال مال آخر عن طريق التبديل الجبري ،

= للملكية الأسرة ، فانه يسري في الشيوع العادي اذا اتفق على البقاء في الشيوع مدة معينة ، وحيث لا يجوز طلب القسمة خلال هذه المدة . فاذا استبدل بمال من الأموال المملوكة على الشيوع والتي تلزم بطبيعتها لاستغلال الأموال الأخرى مال آخر ، فان المال المستبدل يحل بقوة القـانون في الأموال الشائعة ، ويسري بالنسبة اليه الاتفاق على البقاء في الشيوع الى ان تنتهي المدة المتفق عليها » (منصور مصطفى منصور في الحلول العيني فقرة ١٢٢ ص ٢١٠) .

يتكون منها المتجر (fonds de commerce) (١) . وقد اصطلح على تسميتها هي وسندات التداول التجارية (titres négociables) (٢) بالملكية التجارية (propriété commerciale) لأن هذه الحقوق والسندات هي من صميم مباحث القانون التجاري .

ونفرد الفصل الأول من هذا الباب لحق المؤلف لأهميته . ونعرض في الفصل الثاني للحقوق المتعلقة بالرسالة ، ثم لحق المخترع في ايجاز اذ هو أدخل في مباحث القانون التجاري (٣) .

وقبل ذلك نقول كلمة في طبيعة هذه الحقوق الذهنية التي ترد على الأشياء غير المادية ؛ وهل هي حقوق ملكية كما يطلق عليها عادة ، أو هي حقوق تختلف بطبيعتها عن حق الملكية .

١٦٦ — طبيعة الحقوق الذهنية التي ترد على الأشياء غير المادية :

اشتد الجدل في تكييف طبيعة الحقوق الذهنية التي ترد على

---

(١) ويتكون المتجر من عناصر مادية كالبضائع والمهمات ، وعناصر معنوية أهمها ما يأتي : الحق في العملاء (droit à la clientèle) والحق في الايجار (droit au bail) ، والسمعة التجارية أو الصقع (achalandage) ، والاسم التجاري (nom commercial) والعنوان التجاري (raison sociale) ، والشارة أو السيماء (enseigne).

(٢) وسندات التداول التجارية نوعان : النوع الأول هو الأوراق المالية (valeurs mobilières) ، وهي الأسهم والسندات وسندات قروض الدولة . والنوع الثاني هو الأوراق التجارية (effets de commerce) ، وهي الكمبيالات والسندات الاذنية والشيكات .

(٣) ويوجد أخيرا ما اصطلح على تسميته بالملكية العلمية (propriété scientifique) ، وهي حق يقع على الفكر المجرد ، دون أو قبل أن يتخذ لباسا ماديا من كتاب أو تصوير أو صوت أو حركة ، اذ يصبح بعد اتخاذ هذا الثوب ملكية أدبية أو فنية أو صناعية — انظر في الملكية العلمية : Vigneron رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ — Syzanne Muncier رسالة من نانسي سنة ١٩٢٥ — Nettre رسالة من نانسي سنة ١٩٢٥ — Robin رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ — Vivante في حوليات القانون التجاري سنة ١٩٢٤ ص ١٠٤ — Roubier في الأسبوع القضائي سنة ١٩٢٥ ص ٢٠١ — Olagnier في حق العلماء سنة ١٩٣٨ .

الاشـــياء غير المادية • فقد بلـــغ التحمس بفريق أن عدوا حق المؤلف ، لا حق ملكية فحسب ، بل هو من أقدس حقـــوق الملكية (١) • وملكية الانسان لنتاج ذهنه وتفكيره ولمبتكراته العقلية ، كما يقول هذا الفريق ، هى الملكية التى تتصل بالصمم من نفسه ، وتتجسم فيها شخصيته • وهى أولى كثيرا بالحماية من الملكية المادية ، التى تقتضى حتما أن يســتحوذ الانسان على أشياء مادية قد لا تكون من صنع يده ولا من نتاج عقله • وكان هذا التحمس ضروريا حتى يستقر فى الأذهان أن نتــاج الفكر ، وهو شىء غير مادى يخرج عن العــالم المحســوس فلا تحويه اليــد ولا تتعلق به الحيازة ، يمكن أن يكون كالشىء المــادى محلا للملكية • وترددت أصــداء هذه الدعاية فى جميع النواحى ، حتى نجحت فى خلع وصف الملكية على حــق المؤلف وحــق المخترع ، فأصــبح الفقه ، بل والتشريع نفســه ، يتحدث عن الملكية الأدبية والفنية والصــناعية • وعندما أصدر المشرع الفرنسى قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ليحل محل التشريعــات التى ســبقته فى حق المؤلف والمخترع ، وصف هذا الحق بأنه « حق ملكيــة معنوية مانع ونافذ بالنســبة الى النــاس كافة » (droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous) (٢) •

ووقف فى وجه هذا الفــريق المتحمس فريق آخر ينكــر على حق المؤلف والمخترع أن يكــون حق ملكية ، ويتحمس هو أيضــا فى هذا الانــكار (٣) •

---

(١) يؤثر عن لامارتين قوله عن حق المؤلف: (la plus sainte des propriétés)

(٢) أما فى مصر ، فان قانون حماية المؤلف (رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) قد تجنب عمدا أن يصف حق المؤلف بأنه حق ملكية ، مؤثرا عدم الخوض فى هذه المسألة التي يجدر تركها للفقه والقضاء يسايران فيهــا مقتضــيات التطور • وقد جاء فى المذكرة الايضــاحية للقانون المذكور : « وقد رؤى فى المشروع المطروح ... عدم التقيد بنظرية معينة ، وعدم ايراد نص لتعريف طبيعة حق المؤلف القانونية ، على أن يترك ذلك لاجتهــاد القضــاء ورجال الفقه ، وخاصة وأن مثل هذه النظريات تخضع لتطور دائم متصــل بتطور الجماعة الانسانية ذاتها » •

(٣) انظر P.J. Proudhon , Ch. Renouard وقــد اشير اليهما فى بلانيــول وريبير وبيكار ٣ ص ٣٧٧ هامش ١ •

واذا كان المقصود بعبارة « الملكية الأدبية والفنية والصناعية » هو تأكيد أن حق المؤلف والمخترع يستحق الحماية كما يستحقها حق المالك ، فهذا صحيح . وهذا هو المعنى الذى قصد اليه أولا ، عندما استعملت هذه العبارة للدعاية والكفاح فى سبيل حماية حق المؤلف . أما اذا كان المقصود أن حق المؤلف والمخترع هو حق ملكية حقيقى ، وأن الحق اذا وقع على شىء غير مادى لا يختلف فى طبيعته عما اذا وقع على شىء مادى ، فهذا أمر فى حاجة الى امعان فى النظر .

ذلك أن الشىء غير المادى هو شىء لا يدخل فى عالم الحس ولا يدرك الا بالفكر المجرد ، فهو حتما يختلف فى طبيعته عن الشىء المادى الذى يدرك بالحس وله جسم يتمثل فيه . فاذا خطونا خطوة أخرى ، وتصورنا أن هذا الشىء غير المادى هو الفكرة من خلق الذهن وابتكاره ، أدركنا المدى الواسع الذى يفصل ما بين عالم الفكر وعالم المادة . فالمادة تؤتى ثمارها بالاستحواذ عليها ، والاستئثار بها . أما الفكر فعلى النقيض من ذلك ، يؤتى ثماره بالانتشار لا بالاستئثار ، وبالانتقال من شخص الى آخر بحيث يمتد الى أكبر مجموع ممكن من الناس يقتنعون به ويستقر فى أذهانهم ، وعندئذ يمكن القول بأن الفكر قد أتى حقا ثماره . صحيح أن الفكر يحتاج الى مجهود عقلى ، والمجهود العقلى لا شك فى أنه عمل مضن شاق . ولكن جزاء المجهود ليس حتما هو الملكية ، بل ان جزاءه هو الأجر ، شأنه فى ذلك شأن أى عمل آخر مادى أو فكرى . ولا أحد ينكر على المؤلف أو على المخترع حقه فى الجزاء المالى على عمله ، ولكن هذا الجزاء ليس هو الملكية التى تتنافى طبيعتها مع طبيعة الفكر ، بل هو الحق المالى للمؤلف أو المخترع فى احتكاره استثمار فكره مادام حيا ولمدة معقولة بعد وفاته .

وتتنافى طبيعة الملكية مع طبيعة الفكرة من ناحيتين :

(الناحية الأولى) أن الفكر لصيق بالشخصية بل هو جزء منها ، ومن ثم فقد وجب تقييد نتاج الفكر بهذا الاعتبار الأساسى ، فيوجد

الى جانب الحق المالى المؤلف الحق الأدبى • وهذا الحق من شأنه أن يمكن المؤلف ، حتى بعد أن يبيع حقه المالى للناشر ، أن يعيد النظر فى فكره • وقد يبدو له أن يسترد من التداول ما سبق نشره ، بل وله أن يتلفه بعد أن يعوض الناشر : وبذلك يستطيع أن يرجع بارادته وحده فيما سبق له اجراؤه من التصرف • أما من يتصرف فى شىء مادى تصرفا باتا ، فليس له بارادته وحده أن يرجع فى هذا التصرف ، ولو فى مقابل تعويض(١) •

(والناحية الثانية) أن الفكر كما قدمنا حياته فى انتشاره لا فى الاستئثار به : واذا كان صاحب الفكر هو الذى ابتدع نتاج فكره ، فالانسانية شريكة له من وجهين • وجه تقضى به المصلحة العامة . اذ لا تتقدم الانسانية الا بفضل انتشار الفكر • ووجه آخر يرجع الى أن صاحب الفكر مدين على نحو ما للانسانية ، ففكره ليس الا حلقة فى سلسلة ، تسبقها حلقات وتتلوها حلقات • فهو اذا كان قد أعان من لحقه ، فقد استعان بمن سبقه • ومقتضى ذلك ألا يكون حق المؤلف أو المخترع حقا مؤبدا كما هو شأن الملكية المادية • واذا كانت الملكية المادية لا تستعصى على التأبيد بل هى تقتضيه كما سنرى ، فان الحق فى نتاج الفكر لا يجوز أن يكون مؤبدا بل لابد فيه من التوقيت •

من أجل ذلك يجب أن ننفى عن حق المؤلف أو المخترع صفة الملكية ، فالملكية حق استئثار مؤبد ، فى حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال موقت • وقد أحسنت محكمة النقض الفرنسية عندما نفت ، منذ عهد بعيد ، عن حق المؤلف صفة الملكية ، وكيفته بأنه « حق امتياز احتكارى لاستثمار موقوت » (privilège exclusif d'une exploitation temporaire) (٢) • واذا اعترض على هذا القول بأنه أقرب

---

(١) والحق الأدبى للمؤلف على النحو الذى بسطناه ، ليس حق ملكية ، أو حقا عينيا ، بل هو حق من حقوق الشخصية ، يجب تمييزه بدقة عن الحق المالى الذى نبحثه هنا وحده لنتبين طبيعته (انظر ما يلى فقرة ٢٢٣) •

(٢) نقض فرنسى ٢٥ يوليه سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨ — ١ — ١٧ — ٢٥ يونيه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٥ . وأكثر الفقهاء فى فرنسا =

الى الوصف منه الى التكييف ، وبأنه لا يحال حق المؤلف ولا ينفذ الى طبيعته ، أمكن أن يضاف الى ما قالته محكمة النقض أن حـــق المؤلف هو أولا حق كسائر الحقوق • وخصيصته أنه يقع على شيء غير مادي ، وهذا يقتضي مطاوعته لطبيعة الأشياء غير المادية ، ويبتعد به عن أن يكون حق ملكية • ولكن ذلك لا يمنع من أنه يشـــارك الحـــق العينى الأصلي فى خصائصه ، فهو سلطة تنصب مباشرة على شيء معين ، وان كان شيئا غير مادي ، وهذه السلطة نافذة فى حق الناس كافة (١) •

ويخلص من ذلك أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكية ، بل هو حق عينى أصلي يستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة ، وترجع هذه المقومات الى أنه يقع على شيء غير مادي (٢) •

= من هذا الراى : ديبوا فقرة ٢٣٢ — فقرة ٢٣٣ وفقرة ٣٥٩ وما بعدها — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٧٤ ص ٥٧٨ ومع ذلك انظر فقرة ٥٦٤ — روبييه فى حق الملكية الصناعية ١ فقرة ٢١ ، ومقاله فى المجـــلة الفصـــلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٥ ص ٣٨٣ — بيدان وفواران ٤ فقـــرة ١٦١ ص ص ١٧٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقـــرة ٣٤٥٠ — جوليـــودى لامورانديير ١ فقرة ٥٥ وفقـــرة ١٤٧٦ — وقارب كاربونييـــه ٢ ص ٣٨١ — ٣٨٢ •

وهناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب الى أن حـــق المؤلف أو المخترع هو حق ملكية حقيقية : جوسران ١ فقرة ١٥٢٧ — بنكاز ٥ فقـــرة ٣٨٨ مارتى ورينو ٢ فقرة ٤٢٩ — Moussarbon فى حق المخترع رسالة من مونبلييه سنة ١٩٦١ •

(١) وحق المؤلف او المخترع هو ، فى الواقع الأمر ، اقـــرب الـــى حق الانتفاع منه الى حق الملكية ، لولا أنه يبقى بعد موت صاحبه لمـــــدة مـــوقوتة •

(٢) وقد انقسم الفقه فى مصر فى هذه المسألة • ففريق يذهب الى ان حق المؤلف او المخترع هو حق ملكية حقيقية اذ ان فيه مقومات حق الملكية ، واذا نقصه التأبيد فلا يوجد ما يمنع فى نظر هذا الفريق من أن يكون حـــق الملكية غير مؤبد : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٩٠ — اسماعيل غـــانم فى النظرية العـــامة للحق ص ٧٣ — ص ٧٥ — منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ١٠٠ — ١٠١ — عبد المنعم فرج الصدة فى حق الملكية فقرة ١٩٣ — وفريق آخر يذهب الى ان هذا الحق ليس بحق ملكية ، ولكنه احتكار للاستغلال فى الجانب المالى وحق من حقـــوق الشخصية فى الجانب الادبى : محمد على عرفة فقرة ٣٧٦ — عبد المنعم البدراوى فقرة =

الفصـــل الأول

حق المؤلف (*)

(الملكية الأدبية والفنية)

١٦٧ ــ التاريخ التشريعي لحماية حق المؤلف :

لم يكن حق المؤلف يحميه القانون فى القديم وانما وجه الحاجة الى الحماية بعد اختراع المطبعة التى أمكن بها طبع الآلاف من النسخ للمصنف

= ١٨٩ والمدخل فى القانون الخاص فقرة ٢٧٠ ــ حسن كيرة فى أصـــول القانون فقرة ٢٥٦ ــ سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية ص ٤٩٣ ــ رسالة عبد المنعم الطناملى فى الحق الأدبى للمؤلف ص ١٣ ــ ص ١٩ ــ وانظر ايضا شفيق شحاته فقرة ١٥٧ ــ فقرة ١٦٣ (ويبدو انه يذهب الى أن حق المؤلف ليس حق ملكية ، ولكنه حق عينى معنوى فى جـــانبه المالى ، وحقّ من حقوق الشخصية فى جانبه الأدبى) .

انظر فى القضاء المصرى استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٩٤ (ويذهب الحكم الى ان حق المؤلف هو حق احتـــكار للاستغلال على مذهب محكمة النقض الفرنسية) . ولكن الكثرة من الأحكام تستعمل عبارة « الملكية الأدبية والفنية » : استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٥ ــ ١١ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣١ ص ٦٦٧ ــ مصر الكلية ٢ يونية سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠١ ص ١١١٠ ــ مصر الكلية (مستعجل) ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٥٨ ص ١١٣ ــ استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٠ ــ ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٣ ــ ٣ فبـــراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٧ .

وقد كان التقنين المدنى الوطنى الســـابق (م ١٢) يصرح بأن حـــق المؤلف أو المخترع حق ملكية ، فيقول : « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته ، وحقوق الصانع فى ملكية مصنوعاته ، على حسب القانون الخاص بذلك » . ولكن التقنين المدنى الجديد تجنب وصف حـــق المؤلف أو المخترع بأنه حق ملكية ، واقتصر فى المادة ٨٦ منه كما رأينا على أن يقول : « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » .

(*) مراجع Renouard فى حقوق المؤلف فى الآداب والعلوم والفنـــون (جزءان) سنة ١٨٣٨ ــ سنة ١٨٣٩ ــ Worms فى الملكية الأدبية (جزءان) سنة ١٨٧٨ ــ Delalande فى الملكية الأدبية والفنية ١٨٨٠ ــ Lyon-Caen et Delalain فى التشريعات الفرنســـية والأجنبية المتعلـــقة بحـــق الملكيـــة =

الواحد ، مما جعل المؤلف يرجو من وراء عمله الفكرى ربحا ماديا كبيرا . ولكن القانون ترك المؤلف دون حماية أحقابا طويلة ، فكانت الثمار المادية لجهوده الفكرية تتناهبها الناس . على أن المؤلف ، فى عهد الملكية فى فرنسا قبل الثورة ، كان يحصل على اذن (lettre de chancellerie) فى طبع كتابه ، فكانت حمايته تأتى عن طريق هذا الترخيص الملكى (concession royale) الذى كان يصدر به نسخ مصنفه أو يختتمها . ثم جاءت الثورة الفرنسية،

= الأدبيـــة والفنيـــة (جـزءان) ســـنة ١٨٨٩ — ســنة ١٨٩٠ — Masse فى الحـــق الأدبى للمــــؤلف عــلى مصـــنفه رســـالة من باريس سنة ١٩٠٧ — Poullet فى الملكية الأدبية والفنية الطبعة الثالثة Maillard et Clars) سنة ١٩٠٨) وتكملته Taillefer et Claro سنة سنة ١٩١٨ -- Pérussau فى الحماية من باريس ســـنة ١٩١٢ — Benoit Joly القانونيةللملكية الفنية سنة ١٩١٤ — Bry فى الملكية الصناعية والأدبيةوالفنية الطبعة الثالثة ١٩١٤ — Stofli فى الملكية الأدبية والفنية (جزءان) سنة ١٩١٦ وسنة ١٩٢٥ — Chartier فى حقوق الموسيقى على عمله رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — Grente فى الحماية القانونية للأعمال الدراماتيكية رســالـــة من باريس سنة ١٩٢٥ — Hainneville فى حقوق المؤلف على عمله رسالـــة من باريس سنة ١٩٢٦ — Piola-Caselli فى حق المؤلف سنة ١٩٢٧ — Rault فى عقد النشر فى القانون الفرنسى سنة ١٩٢٧ — Myres رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — Olignier فى حق المؤلف (جزءان) سنة ١٩٣٤ — Michaelidis-Nuaros فى الحق الأدبى للمؤلف سنة ١٩٣٥ — Poirier فى حق المؤلف سنة ١٩٣٦ — Escarra, Rault et Napp فى النظرية الفرنسية فى حق المؤلف سنة ٩٣٧ Christea رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ Cheorgiu-Veriu فى الحق الأدبى رسالة مــن باريس سنة ١٩٣٩ — عبد المنعم الطناملى فى الحق الأدبى للمؤلف (بالفرنسية) رسالة من باريس سنة ١٩٤٣ — Desbois فى حق المؤلف سنة ١٩٥٠ وفى انسيكلونيدى داللوز جزء ٤ لفظ Savatier-Prop Lit Art فى الحق فى الفن وفى الأدب سنة ١٩٥٣ — Raynand فى حق المؤلف وعقد تحـــوير مصنفة رسالة من بروكسل سنة ١٩٥٥ .

محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٨٥ — فقرة ٢١١ — شفيق شحاته فقرة ١٥٧ — فقرة ١٧٥ — محمد على عرفة فقرة ٣٧١ فقرة ٣٩٧ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٨٦ — فقرة ٢٠٤ مكررة — اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٥١ — ص ٧٥ — حسن كيرة فى اصول القانون فقرة ٢٥٣ — فقرة ٢٥٩ — سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة فقرة ٢٥٣ — فقرة ٢٥٩ — منصور مصطفى منصور فى نظرية الحق ص ٦٦ — ١٠١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٩٠ — فقرة ٢٣٦ .

فعنى رجالها باصدار التشريعات التى تحمى حق المؤلف (١) • وكان أول تشريع صدر فى هذا الشأن هو قانون ١٣ يناير سنة ١٧٩١ ، وقد اقتصر على حماية مؤلفى المسرحيات ، فجعل للمؤلف وحده الحق فى نشر مسرحيته طول حياته ، ثم لورثته مدة خمس سنوات بعد موته • ثم صدر قانون ١٩ يوليه سنة ١٧٩٢ ، يمد الحماية الى جميع المصنفات الأدبية والفنية ، ويطيل مدة الحماية بعد موت المؤلف الى عشر سنوات • وقد أطيلت هذه المدة الى عشرين سنة بدكريتو ٥ فبراير سنة ١٨١٠ ، مع جعل أرملـــة المؤلف تتمتع بحقه طول حياتها اذا كان النظام المالى للزواج يعطيهـا هذا الحق • ثم جعل قانون ٨ أبريل سنة ١٨٥٤ هذا الحق للأرملة دون حاجة لشرط فى النظام المالى للزواج ، وأطال فى الوقت ذاته مدة الحماية بعد موت المؤلف الى ثلاثين سنة • وحدد قانون ١٤ يوليه سنة ١٨٦٦ حقوق ورثة المؤلف وخلفائه ، وأطال مدة الحماية الى خمسين سنة • وتلى ذلك تشريعات تفصيلية : قانون ١١ مارس سنة ١٩٠٢ وقانون فى أبريل سنة ١٩١٠ وقانون ٢٠ مايو سنة ١٩٢٠ وقانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ وقانون ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٤ • وقد صدر أخيرا قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ، وهو قانون جامع شامل فى حق المؤلف ، حل محل ماسبقه مـن التشريعات المتناثرة التى أسلفنا ذكرها •

وفى النصف الثانى من القرن التاسع عشر اشتدت الحركة الدولية التى تطالب بحماية حق المؤلف ، انتهى الأمر الى انشاء الجمعية الأدبية والفنية فى شهر ديسمبر من سنة ١٨٧٨ فى باريس (٢) • وقد تمكنت هذه الجمعية من عقد معاهدة برن فى ١٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ بين كثير من الدول

---

(١) كانت فرنسا هى البادئة بحماية حق المؤلف ، ثم تلتها انجلترا فى عام ١٨١٠ ، ثم أمريكا فى عام ١٨٣١ •

(٢) وكان للخطاب التاريخى الذى القاه فيكتور هيجو فى الحفل الختامى لمؤتمر الكتاب الذى عقد فى باريس علم ١٨٧٨ اثره الفعال فى انشاء هـــذه الجمعية الدولية ، وقد انشئت لرعاية حق المؤلف دوليا والدفاع عنـــه بجميع الطرق •

لحماية حق المؤلف (١) ، وأنشىء اتحاد بين الدول التى أبرمت المعاهدة للعمل على تحقيق أغراضها ، كما أنشىء مكتب دولى يتبع حكومة الاتحاد السويسرى سمى بمكتب الاتحاد الدولى لحماية المؤلفات الأدبية والفنية • وتوالت المؤتمرات الدولية بعد ذلك لتوسيع نطاق حماية المؤلف ، فعقد مؤتمر فى باريس سنة ١٨٩٦ . وثان فى برلين سنة ١٩٠٨ . وثالث فى روما سنة ١٩٢٨ ، ورابع فى بروكسل سنة ١٩٤٨ • ثم تقدمت مؤسسة اليونسكو التابعة لهيئة الأمم المتحدة ، فنظمت عقد اتفاق عالمى وقعت عليه فى جنيف فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٢ دول كثيرة . لم تكن مصر من بينها • وقد نص فى هذا الاتفاق على أنه لايؤثر بأى وجه فى اتفاقية برن ، ولا فى انضمام أية دولة الى الاتحاد الدولى الذى أنشأته هذه الاتفاقية • وفى خصوص مدة الحماية • وضع اتفاق اليونسكو مبدأ هو أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية عن طول حياة المؤلف وخمس وعشرين سنة بعد موته • أما بالنسبة الى الترجمة ، فقد نص الاتفاق على أنه اذا مضى سبع سنوات على تاريخ أول نشر المصنف دون أن يقوم المؤلف بترجمته الى اللغة القومية لاحدى دول الاتفاق ، جاز لأى شخص من رعايا تلك الدولة أن يقوم بتلك الترجمة بعد اتباع اجراءات معينة ، مع تعويض المؤلف تعويضا عادلا (٢) •

---

(١) وقد اكملت معاهدة برن فى باريس فى ٤ مايو سنة ١٨٩٦ ، وعدلت فى برلين فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٨ ، وفى روما فى ٢ يونيه سنة ١٩٢٨ ، وفى بروكسل فى ٢٦ يونيه ١٩٤٨ . ولم تنضم اليها مصر حتى الآن . وقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة ٧ من هذه المعاهدة : « تشمل الحماية التى تكفلها هذه المعاهدة مدة حياة المؤلف وخمسين سنة بعد وفاته » . وجاء فى المادة ٨ : « يتمتع مؤلفو المصنفات الادبية والفنية الذين تحميهم هذه المعاهدة طوال حياتهم بحقوقهم على المصنف الأصلى ، وبحق مطلق فى ترجمة او اجازة ترجمة مصنفاتهم » .

(٢) وهذا ما جاء بالمادة ٥ من اتفاقية اليونسكو لحماية حقوق المؤلفين فى خصوص حق الترجمة : « ١ — يشمل حق المؤلف الحق المطلق فى عمل او نشر او اجازة عمل أو نشر تراجم المصنف الذى تنطبق عليه الحماية المقررة فى هذه الاتفاقية . ٢ — ومع ذلك فمن حق كل دولة متعاقدة أن تضع فى قانونها الداخلى قيودا بالنسبة الى ترجمة المصنفات وفقا للأحكام التالية : اذا انقضت سبع =

أما فى مصر ، فقد كان التقنين المدنى الوطنى السابق ينص ، كما رأينا ، فى المادة ١٢ منه على أن « يكون الحق فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع فى ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » . ولم يكن لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى المختلط. وردد التقنين المدنى الجديد صدى التقنين المدنى الوطنى السابق . فنص، كما رأينا ، فى المادة ٨٦ منه على أن « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » . وورد فى تقنين العقوبات نصوص لحماية هذه الحقوق ، تفرض عقوبات جنائية على من يعتدى عليها ، ولكن هذه النصوص ظلت معطلة لعدم صدور التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف . على أن القضاء المصرى أخذ يحمى هذه الحقوق بموجب قواعد

= سنوات من تاريخ أول نشر لمصنف ولم تنشر ترجمة لهذا المصنف باللغة القومية أو باحدى اللغات القومية السائدة فى الدولة المتعاقدة بواسطة صاحب الحق فى الترجمة أو من أجيز فيها ، فلكل شخص تابع لهذه الدولة ان يلجأ الى الجهات المختصة فى الدولة ويطلب منها رخصة — غير قاصرة عليه وحده — لترجمة المصنف الى اللغة القومية التى لم يترجم اليها . ولا تمنح هذه الرخصة الى الطالب الا اذا اثبت بالطرق المتبعة فى الدولة انه طلب الى صاحب الحق فى الترجمة الاذن له فى ترجمة المصنف ونشره ، وانه لم يستطع الوصول الى صاحب الحق او اخذ اجازته بالرغم مما بذل من جهد . . . يجب أن يقرر التشريع الداخلى الاجراءات الكفيلة بأن ينال صاحب الحق فى الترجمة اجرا مناسبا مقابل ذلك مع ضمان دفعه وارساله ، وكذلك وجوب اجراء الترجمة بدقة . . » .

ومن المؤتمرات التى عقدها اليونسكو من اجل حماية حق المؤلف مؤتمر روما الذى عقد فى اكتوبر سنة ١٩٦١ ، وقد قرر حق المؤدى فى الأداء ، بعد معارضة شديدة قامت على أساس ان المؤدى لم يبتدع شيئا . وقد قضت المادة ٢ من الاتفاقية التى وضعت فى هذا الشأن . يمنع تسجيل الأداء الشخصى للفنان واذاعته مباشرة بدون الموافقة الصريحة أو الضمنية لمن يؤديه ، ويعتبر فى حكم الأداء المباشر الأداء الذى يتم بواسطة الاذاعة اللاسلكية مباشرة ، ولا تنتهى هذه الحماية قبل انتهاء السنة العاشرة التالية لتلك التى حصل فيها الأداء . وقررت المادة ٣ من الاتفاقية المذكورة حق المسجل فى الترخيص او فى حظر نقل التسجيل الصوتى الذى قام به ، ويشمل النقل ايضا نقل التسجيل الصوتى عن طريق الاذاعة ، ومدة الحماية عشر سنوات تلى السنة التى حصل فيها التسجيل . (انظر نصوص الاتفاقية فى كتاب حق المؤلف العربى للأستاذ مصطفى عبد الرحمن ص ١١١ — ص ١١٥) .

العــدل ومبادىء القــانون الطبيعى (م ٣٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة و م ١١ من التقنين المدنى المختلط وم ٥٢ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة) (١) . وفى الوقت ذاته أسهمت مصر ــ كما

---

(١) استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٥ م١٧ ص ١٤٠ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٦٦ ــ استئناف وطنى ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٦٢٨ ص ٨٣٣ ــ مصر الوطنية ٢ يونيه سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠١ ص ١١١٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ نص الشارع فى المادة ١٢ من القانون المدنى القديم على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكيـــة مؤلفاته على حسب القانون المخصوص بذلك » ، واذ جاء قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ بنصوص فى المواد ٣٤٨ و ٣٤٩ و ٣٥٠ لحماية هذه الحقوق عن طريق فرض عقوبات جنائية على من يعتدى عليها ، فان ذلك يدل على انه قد اعترف بحق المؤلف على مصنفاته ، ووصـــف هذا الحق بأنه حق ملكية مع ما فى هذا الوصف من تجوز . واذ كان التشريع الخاص بتنظيم حماية هذا الحق والذى اشارت اليه النصوص المتقدمة لم يصدر الا فى سنة ١٩٥٤ بالقانون رقم ٣٥٤ سنة ١٩٥٤ ، مما ادى الى تعطيل نصـــوص قانون العقوبات فى هذا الشأن ، فان هذا لا ينفى اعتراف الشارع بحق المؤلف ــ وللمؤلف وحده الحق فى استغلال مصنفه ماليا بالطريقة التى يراها ، فلا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق بغير اذن منه ، والا كان عمله عدوانا على الحق الذى اعترف به الشارع للمؤلف واخلالا به ، وبالتالى عملا غير مشروع وخطأ يستوجب مسئولية فاعلة عن تعويض الضرر الناشىء عنه طبقا للمادة ١٥١ من القانون المدنى القديم (نقض مدنى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٣ ص ٦٠٢) . وقضت ايضا بأنه وان لم يوجد نص قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ يحدد مدة حماية حق الاستغلال المالى المقرر للمؤلف ، الا أن الرأى كان مستقرا على أن هذه الحماية تظل للمؤلف طيلة حياته على الأقل (نقض مدنى ٧ يوليه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه بالرغم من قصور المادة ١٢ مدنى ومن عدم وجود القانون الخاص الذى تحيل اليه هذه المادة ، فان نصها صريح فى اعتراف الشارع بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته . ولا ينقص من شأن هذا الاعتراف كونه مقرونا بالاحالة الى القانون الخاص ، لأن هذا القانون كما يذكر النص العربى للمادة ليس الا بشأن ما يتعلق بالحقوق أو كما يذكـــر النص الفرنسى ما هو الا لتنظيم الحق (la prop. lit. est réglée) ، وبديهى أن تنظيم الحق لا يتعارض فى شىء مع وجوده ، بل ان تنظيم الشىء فرع عن وجوده . وتقرير المادة المذكورة حق المؤلف صراحة ، فانها تغنى القضاء الأهلى عن الالتجاء الى القانون الطبيعى أو مبادىء العدل توصلا الى تقريره كمـــا =

تقول المذكرة الايضاحية لقانون حماية المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ — « فى المؤتمرات الدولية التى عقدت لتنظيم حقوق المؤلفين • ذلك أن لجنة التعاون الفكرى فى عصبة الأمم قررت فى شهر ديسمبر سنة ١٩٢٣ أن أن تدعو الى الانضمام الى اتفاقية برن جميع الدول التى لم تنضم اليها بعد • وقد وافق مجلس عصبة الأمم على هذا القرار فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٢٤ • فوجهت الأمانة العامة للعصبة فى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ دعـوة الى مصر للانضمام الى هذه الاتفاقية • وقد لقيت هذه الدعوة عناية من الحكومة المصرية ، فألفت فى شهر أغسطس من هذا العام لجنة لبحث هذا الموضوع وتقرير الشروط التى تجب مراعاتها عند انضمام مصر الى هذه الاتفاقية • وقد أتمت هذه اللجنة مهمتها ؛ وقدمت فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٥ تقريرا جاء به : ان المادة ٢٥ من الاتفاقية تحتم وجود تشريع وطنى فى موضوع حماية حقوق المؤلفين ، ولما كان هذا التشريع غير موجود فى مصر، فقد اضطرت المحاكم المختلطة دفاعا عن الملكية الأدبية الى الالتجاء الى المادة ٣٤ من لائحة ترتيبها (القديمة) والى المادة ١١ من القانون المدنى المختلط (وتنص كلتا المادتين على تطبيق مبادىء القـانون الطبيعى وقواعد العدالة عند عدم وجود نص فى القانون أو عـدم كفايته أو غموضه) • غير أن تلك الحماية ، التى لاسند لها الا أحكام القضاء ، لا تغنى عن حماية تستند الى تشريع خاص بقواعد ثابتة وحدود معينة• وانتهت فى ختام تقريرها الى القول بأن التأليف وان لم يبلغ فى مصر الدرجة المرجوة من الذيوع والانتشار ، الا أن الاعتبارات الدولية تدعـو وحدها لسن القوانين اللازمة لحماية المؤلفات • وقد أخذت الحكومة وقتئذ فى وضع تشريع لحماية حقوق المؤلفين ، وألفت لهذا الغرض لجنـة

= فعلت المحاكم المختلطة التى ليس لديها مقابل للمادة ١٢ . ومتى اعترف الشارع بحق ووجبت له الحماية ، فالحماية والحق متلازمان . ولا يستطيع القضاء أن يوقت حق المؤلف دون نص تشريعى ، فليس أمامه الا أن يقرر أن حق المؤلف ينتقل بالارث كغيره ويبقى للورثة أبد الآبدين ، فهذا هو الحـل القانونى الوحيد الممكن الذى يحول بين القضاء وبين الافتيات على سـلطة الشرع (استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٦) .

فى شهر فبراير سنة ١٩٢٦ ، وقد انتهت من وضع المشروع فى أول مارس سنة ١٩٢٧ • ولكنها وقفت عند هذا الحد ، فلم يستأنف المشروع خطواته التشريعية • وقد دعيت مصر بعد ذلك للاشتراك فى مؤتمر روما •• الذى عقد فى ٧ مايو سنة ١٩٢٨ لاعادة النظر فى اتفاقية برن ، فلبت هـــذه الدعوة . وأوفدت مندوبين عنها للاشتراك فى هذا المؤتمر اشتراكا مقصورا على تتبع أعماله والاشتراك فى مناقشاته ، دون الارتباط بشىء باســـم الحكومة المصرية • وقد قدم الوفد تقريرا ضمنه التعديلات التى أدخلها المؤتمر على معاهدة برلين • كذلك دعيت للاشتراك فى المؤتمر الذى عقدته الجمعية الأدبية والفنية الدولية فى مدينة بلجراد فى ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٢٨ ، فلبت الدعوة واشتركت فى أعمال هذا المؤتمر • وقد أعرب رئيسه وأعضاؤه عن أملهم فى أن يصدر قريبا التشريع المصرى الخاص بحماية حقوق المؤلفين ، وألا يتأخر انضمام مصر الى معاهدة برن • كما أبدى الرئيس رغبته فى انعقاد المؤتمر اللاحق للجمعية فى مدينة القاهرة ، وقد تحققت هذه الرغبة فعقد هذا المؤتمر بالقاهرة فى شهر ديسمبر ســـنة ١٩٢٩ • وعرضت الحكومة المصرية على المؤتمر مشروع القانون سالف الذكر ، وقد وصفه رئيس المندوبين المصريين بأنه يأخذ بأحدث المبادىء القانونية مع مراعاة تقدم العلوم واختراع الوسائل الحـــديثة لنشر الأخبار • فأجاب على ذلك رئيس المؤتمر قائلا ان المشروع مطابق لجميع المبادىء التى بنى عليها اتفاق برلين سنة ١٩٠٨ فيما عدا نقطتين :

(الأولى) مدة حفظ حقوق التأليف التى جعلت فى المشروع طيلة حياة المؤلف وثلاثين سنة بعد وفاته ، فى حين أنها فى اتفاق برلين مـــدة حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته •

(الثانية) مدة حفظ حق الترجمة حيث جعلت فى المشروع عشر سنوات بعد نشر المؤلف ، بدلا من المدة التى تضمنها اتفاق برلين وهى مدى حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته أى مدة حماية المؤلف نفسه • وأضاف رئيس المؤتمر الى ذلك قوله : ان المشروع المصرى مطابق لمشروع

القانون النموذجى الذى وضعته الجمعية الدولية الأدبية والفنية مع شىء من التوسع » (١) .

وبقى المشروع على حاله دون أن يسن قانونا مدة طويلة ، وضعت فى أثنائها اللجنة القانونية لجامعة الدول العربية فى سنة ١٩٤٨ مشروعا لحماية حق المؤلف ، أوصى مجلس الجامعة الحكومات العربية باتخاذه قانونا لكل منها (٢) .

وأخيرا فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ ، صدر بالمشروع قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو قانون ، كما تقول مذكرته الايضاحية، « يكفل حقوق المؤلفين . ويأخذ فى هذا الصدد بأحدث المبادىء التى

---

(١) ثم تقول المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف بعد ذلك ما يأتى : « وفى أثناء مفاوضات مؤتمر مونتريه لالغاء الامتيازات الأجنبية ، رغب مندوب ايطاليا الى الدول المشتركة فى المفاوضات ان تطلب الى الحكومة المصرية : أولا — أن تسن قانونا يحمى حماية فعلية ما للرعايا الأجانب من حقوق التأليف . ثانيا — ان تكفل هذه الحماية بعقوبات جنائية تدخلها فى القانون الجنائى المصرى الجديد . ثالثا — ان تشترك فى اتفاقية برن التى اعيد النظر فيها فى مدينة روما . وقد انضم اليه فى هذه الرغبة مندوب فرنسا . فأجاب المفاوض المصرى على ذلك قائلا : ان الحكومة المصرية لم يفتها الاهتمام بتلك المسألة الخاصة بحقوق التأليف ، وذلك لمصلحة المؤلفين الأجانب ولمصلحة المؤلفين المصريين معا » .

(٢) وتقضى المادة ٢٣ من مشروع جامعة الدول العربية بأن ينقضى حق الورثة فى استغلال مصنف مورثهم بعد مرور ثلاثين سنة على وفاة المؤلف . وتقضى المادة ٢٧ من هذا المشروع بأن الورثة الذين لهم حق الاستغلال هم : أولا — زوج المؤلف وفروعه . ثانيا — اصوله . ثالثا — اخوته ولا يجوز لأفراد فريق من هؤلاء مباشرة هذه الحقوق الا بعد انقراض الفريق الذى يسبقه ، وتقسم الغلة بين المستحقين بالتساوى فيما بينهم . ولا تسرى وصية المؤلف على زوجه وفروعه فيما زاد على الثلث . وتقضى المادة ١١ من نفس المشروع بأن يسقط حق المؤلف فى ترجمة مصنفه الى اللغة العربية اذا لم يباشر هذا الحق بنفسه او بواسطة غيره فى مدى عشر سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف ، وتجوز ترجمة المصنفات الى اللغة العربية بعد مرور ستة من تاريخ طلب الترخيص فى ترجمتها من المؤلف او ممن آل اليه حق الترجمة دون قيامه بها ، وفى هذه الحالة يعوض المؤلف او من آل اليه حق الترجمة تعويضا عادلا . (انظر نصوص هذا المشروع كاملة فى كتاب حق المؤلف العربى للأستاذ مصطفى عبد الرحمن ص ٧٨ — ص ٩٠) .

تضمنتها المعاهدات الدولية التى سلفت الاشارة اليها ، فضلا عن مبادىء التشريعات الحديثة فى الدول الأوروبية • وتوفق أحكامه بين وحقوق المؤلفين وحقوق الهيئة الاجتماعية ، كما توفق بين حقوق المؤلفين حقوق الناشرين • وتبين مدى حق المؤلف ، وتظاهر هذا الحق . كما تورد تفصيلا جامعا غير مانع لأنواع المؤلفات والمصنفات التى تضفى عليها الحماية »• وهذا هو القانون المعمول به فى الوقت الحاضر •

وقد أعد مشروع جديد لحماية حق المؤلف ، لايزال مشروعا حتى اليوم • وقد جاء فى مذكرته الايضاحية ، بيانا لأسباب اعداده ولما يمض على القانون المعمول به وقت طويل ، ما يأتى : « ولقد كان من الطبيعى بمناسبة مراجعة التشريعات القائمة مراجعة شاملة بقصد الملاءمة بين أحكامها والتطورات الاشتراكية فى مجتمعنا ، أن يعاد النظر فى التشريع المنظم لحماية حق المؤلف فى الجمهورية العربية المتحدة • ولذا فقد أعد هذا المشروع المرافق ، وهو تضمن من المبادىء ما يتفق فى جملته مع أحدث المبادىء التى انتهت المؤتمرات الدولية السالف الاشارة اليها الى اقرارها ، وما تضمنه مشروع الجامعة العربية » • على أن هذا المشروع الجديد لايتضمن جديدا ، الا فى مسائل قليلة أهمها :

١ — جعل مدة الحماية بعد موت المؤلف خمسا وعشرين سنة بدلا من خمسين (وخمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة فيما يتعلق بنقل المناظر نقلا آليا) • ولعل هذا التعديل هو أهم ما جاء بالمشروع ، ولعله هو الغرض الأساسى من وضع المشروع . وان كان تعديلا يتسم بالرجوع الى الوراء فى حماية حق المؤلف ، وهو على كل حال ليس من الاشتراكية فى شىء •

٢ — حذف المشروع من قانون سنة ١٩٥٤ النص الذى يسمح للمؤلف أن يوصى بحق استغلاله لمن يشاء من الورثة أو غير الورثة دون أن يتقيد فى ذلك بنصاب الوصية •

٣ — شدد المشروع العقوبة الجنائية التى تحمى حق المؤلف ،

فجعلها الغرامة من ٢٠ جنيها الى ٥٠٠ ، وهي في القانون الحالي الغرامة من ١٠ جنيهات الى ١٠٠ •

٤ — استحدث المشروع نصا موفقا لحماية المؤلف فيما يتعلق بالاتفاق الذى يبرمه مع الناشر ، فأجاز ، اذا اتضح أن هذا الاتفاق كان مجحفا بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد ، أن يقضي للمؤلف زيادة على ما اتفق عليه بجزء من الربح الصافي الذى ينجم عن استغلال المصنف •

٥ — استحدث نصا فيما يتعلق بحق المؤلف في نشر رسائله ، ولكنه جاء نصا غير شامل للحقوق التي ترد على الرسالة • وتوجد في المشروع ، الى جانب هذه التعديلات ، تعديلات أخرى تفصيلية غير هامة وتعديلات لفظية محضة • وسنتناول في أثناء شرحنا للقانون الحالي ، قانون سنة ١٩٥٤ ، كل ما استحدث المشروع من التعديلات ، حتى يكون الشرح شاملا للمشروع فيما اذا قدر له أن يصبح قانونا •

١٦٨ — خطة البحث :

وننتقل الى شرح أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو القانون المعمول به الآن في حماية حق المؤلف • وبعد أن نحدد في الفرع الأول ما هي المصنفات المحمية ومن يعتبر مؤلفا لها ، نعرض في الفرع الثاني لحقوق المؤلف وطرق حمايتها •

الفرع الأول

المصنفات المحمية ومؤلفوها

١٦٩ — المصنف والمؤلف :

نبين أولا ما هو المصنف (oeuvre) الذى يضفي عليه القانون حمايته ، ثم نحدد من يعتبر مؤلفا (auteur) لهذا المصنف حتى يتمتع بهذه الحماية •

المبحث الأول

المصنف

١٧٠ — الأساس الذى تقوم عليه الحماية هو الابتكار بغض النظر عن قيمته :

تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون حماية المؤلف على ما يأتى : « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة فى الآداب والفنون والعلوم ، أيا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها » • وتنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من نفس القانون على ما يأتى : « وتشمل الحماية بوجه عام مؤلفى المصنفات التى يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو الحركة » (١) •

ويتبين من هذه النصوص أن المصنف ، حتى يتمتع مؤلفه بحماية القانون ، يجب أن يستوفى ركنا شكليا وركنا موضوعيا •

أما الركن الشكلى فهو أن يكون المصنف قد أفرغ فى صورة مادية يبرز فيها الى الوجود ويكون معدا للنشر ، لا أن يكون مجرد فكرة يعوزها الاطار الذى تتجسم فيه ، فيجب اذن أن يكون مظهر التعبير عن الفكرة قد بلغ الغاية من الوضع المستقر ، فتكون أصول المصنف المكتوب مثلا ليست مجرد مشروع لا يزال قيد النظر والتنقيح والتغيير والتبديل ، بل يجب أن تكون هذه الأصول قد أخذت وضعها النهائى وأصبحت معدة للطبع والنشر ، ولايهم بعد ذلك نوع المصنف ، ولا طريقة التعبير عنه ؛ فان طرق التعبير عن المصنفات تتعدد المصنفات الأدبية والعلمية ، وهى تستوفى ركنها الشكلى بمجرد أن تصبح الأصول المعدة للطبع قد بلغت مرحلتها النهائية ولبست الثوب الذى تظهر فيه للجمهور ، ومن المصنفات

---

(١) وقد نقل المشروع الجديد المادة ١/١ كما هى ، واغفل المادة ٢/٢ •

ما يكون مظهر التعبير عنه هو الصوت ، وهذا هو شأن المصنفات الموسيقية والمصنفات التى تلقى شفويا كالمحاضرات والخطب والمواعظ . ومنها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الرسم أو التصوير ، وهذا هو شأن المصنفات الداخلة فى فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة والمصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية ، ومنها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الحركة ، وهذا هو شأن المصنفات التى تؤدى بحركات أو خطوات كالتمثيل والرقص والألعاب وتكون معدة ماديا للاخراج . ومن هنا جاءت الفقرة الثانية من المادة ٢ من قانون حماية حق المؤلف تجمل ما سبق تفصيله ، فتقول كما رأينا : « وتشمل الحماية بوجه عام المصنفات التى يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة » (١) . أما الفكرة التى لم تلبس ثوبها النهائى . فهذه تبقى مجرد فكرة لا يتولى القانون حمايتها . ولكل شخص أن يتناولها . مؤيدا أو مفندا ، على أن ينسبها لصاحبها .

وأما الركن الموضوعى فهو أن يكون المصنف قد انطوى على شىء من الابتكار . بحيث يستبين أن المؤلف قد خلع عليه شيئا من شخصيته . فالابتكار هو الأساس الذى تقوم عليه حماية القانون ، وهو الثمن الذى تشترى به هذه الحماية ، والمصنف الذى يكون مجرد ترديد لمصنف سابق ، دون أن يكون فيه أثر للابتكار ودون أن يحمل طابع شخصية المؤلف ، لا يدخل فى حماية القانون . وليس من الضرورى أن يكون الابتكار ذا قيمة جدية ، فأن ابتكار مهما تكن قيمته يكفى ، وتقول المادة ١/١ من قانون حماية حق المؤلف كما رأينا : « أيا كان نوع هذه المصنفات ... أو أهميتها » ، وكذلك ليس من الضرورى أن يستحدث الابتكار جديدا ،

---

(١) ولا مقابل لهذا النص والمشروع الجديد كما قدمنا ، ولكن جاء فى المذكرة الايضاحية لهذا المشروع فى صدد المادة الأولى منه : « وتوضح المادة أن هذه الحماية تشمل كل مصنف ايا كان مظهر التعبير عنه ، اى سواء كانت الصورة المادية التى يبرز فيها الى الوجود هى الكتابة او الصوت او الرسم او التصوير او الحفر او النحت او النقش او العمارة او الحركة » .

فالجدة لا تشترط فى الابتكار ، ويكفى أن يضفى المؤلف على فكرة ولو كانت قديمة شخصيته ، وأن تتميز بطابعه ، حتى يكون هناك ابتكار يحميه القانون • وتقول المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف : «والحكم فى كون المصنف مبتكرا أو غير مبتكر يرجع لتقدير القضاء» (١)•

وقد قدمنا أن نوع المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو الغرض من تصنيفها لايهم ، فيدخل فى حماية القانون أى نوع من المصنفات ، أيا كانت طريقة التعبير عنه ، وأيا كان الغرض من تصنيفه ، ويمكن تقسيم المصنفات التى يحميها القانون الى أنواع ثلاثة : المصنفات الأدبية والعلمية (oeuvres littéraires et scientifiques) ، والمصنفات الفنية (oeuvres artistiques) ، والمصنفات الموسيقية (oevres musicales) ، ذلك أن المصنفات الأدبية والعلمية انما يكون تأثيرها واقعا على العقل والتفكير ، فى حين أن كلا من المصنفات الفنية والمصنفات الموسيقية يتجه تأثيرها المباشر الى الحس والشعور • وتختلف المصنفات الفنية عن المصنفات الموسيقية فى أن الأولى لابد أن يقوم بتنفيذها المؤلف نفسه كالمصور يرسم اللوحة والنحات يصنع التمثال ، فى حين أن المصنفات الموسيقية يجوز أن يقوم بتنفيذها المؤلف نفسه أو يقوم بها غير المؤلف• ونتناول بالبحث هذه الأنواع الثلاثة من المصنفات •

---

(١) وليس للقاضى ، فى تقديره لتوافر شرط الابتكار ، أن يقدر القيمة العلمية او الفنية للمصنف ، فقد ينطوى كتاب على الابتكار حتى لو كان هذا الكتاب من الكتب المدرسية ، او حتى لو كان الكتاب لا يقرأه الا العلماء (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٥٧) — اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٥٧ — منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٧١ •

المطلب الأول

المصنفات الأدبية والعلمية

١٧١ — أمثل للمصنفات الأدبية والعلمية وردت فى القانون :
أوردت المادة ٢/١ من قانون حماية حق المؤلف ، على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر (١) ، امثلة للمصنفات المحمية على مختلف أنواعها. وذكر النص من أمثلة المصنفات الأدبية والعلمية ما يأتى :

١ — المصنفات المكتوبة ، وهذه تشمل جميع المصنفات التى تصل الى الجمهور عن طريق الكتاب ، فيدخل فيها المصنفات الأدبية والتاريخية والجغرافية والفلسفية والاجتماعية والقانونية والطبية والهندسية والزراعية والرياضية والكيمائية والفيزياقية والجيولوجية ودواوين الشعر والازجال وجميع المصنفات المتعلقة بمختلف فروع الآداب والعلوم . ويدخل فيها أيضا المصنفات فى تاريخ الفنون المختلفة وفى تاريخ الموسيقى ، أما الفنون والموسيقى ذاتها فهذه هى المصنفات الفنية والموسيقية التى سيأتى ذكرها .

٢ — المصنفات التى تلقى شفويا ، كالمحاضرات والخطب والمواعظ وما يماثلها ، ويراد بذلك مالم يعد من قبل مكتوبا ، والا دخل فى المصنفات المكتوبة ويكون القاؤها بعد كتابتها هو نقلها الى الجمهور مباشرة بطريق التلاوة العلنية ، وسيأتى أن التلاوة العلنية هى طريق من طرق النشر . ويفهم من ذلك أن المصنفات التى تلقى شفويا ولا تدخل فى المصنفات المكتوبة هى المحاضرات والخطب والمواعظ ودروس الأساتذة والندوات التى تدور فيها المناقشات المختلفة وما الى ذلك ، بشرط أن يكون

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للقانون فى هذا الصدد : « ولوردت المادة الثانية بيانا للمصنفات التى تشملها هذه الحماية ، وذلك على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر » .
والمادة ٢/١ مطابقة للمادة ٢ من المشروع الجديد .

كل ذلك مرتجلا لم يكتب من قبل . فيكون اللباس المادى الأول الذى أبرز فيه المصنف هو الكلام لا الكتابة . ويكون الكلام هو الشكل الذى تجسم فيه المصنف وهو فى الوقت ذاته طريق النشر الذى اختاره المؤلف . وعلى ذلك تشمل الحماية هذه المصنفات . فلا يجوز مثلا جمع المحاضرات أو الدروس التى ألقاها أحد الأساتذة ، أو المواعظ التى ألقاها أحد الوعاظ، ونشرها دون اذن المؤلف .

٣ — المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية : وهذه مصنفات تكون فى الأصل مكتوبة ، فتدخل فى عموم المصنفات المكتوبة ، وانما خصها المشرع بالذكر ابرازا لأهميتها ، ولأنها كثيرة التداول فى الحياة العملية . والمصنفات المسرحية تشمل كل أنواع المسرحيات ، من تراجيدى الى دراما الى كوميدى الى فودفيل الى غير ذلك من أنواع المسرحيات . وتتجسم فى مصنفات مكتوبة كما قدمنا ، فتشملها الحماية . ومن ثم لا يجوز لأحد نشرها على الجمهور — والنشر هنا يكون بطريق التمثيل المسرحى كما سيأتى — الا باذن المؤلف ، والمسرحيات الموسيقية تشمل الأوبرا والأوبرا كوميك والأوبريت وغير ذلك من المسرحيات الموسيقية . وهى تتكون من عنصرين : أحدهما المسرحية نفسها ، أى الكلام الذى تشتمل عليه المسرحية ، وتدخل فى نوع المصنفات الأدبية التى نحن فى صدد بحثها . والعنصر الثانى الموسيقى التى تقترن بالكلام ، وهذه أيضا تحمى باعتبارها من المصنفات الموسيقية وسيأتى بيانها . والمصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية غير الروايات والقصص ، ولكنها جميعا تشملها الحماية متى تجسمت فى الكتابة باعتبارها من المصنفات الأدبية ، فلايجوز نشرها على الجمهور بغير اذن المؤلف . وقد نصت ، تطبيقا لذلك ، المادة ١/١٤ من قانون حماية حق المؤلف على أنه « لايجوز للصحف أو للنشرات الدورية أن تنقل ... الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التى تنشر فى الصحف والنشرات الدورية الأخرى بدون موافقة مؤلفيها » .

٤ — المصنفات السينمائية : وسنرى أن هذه المصنفات تتركب من عدة مصنفات داخلية ، وفق فيما بينها حتى أصبحت مصنفا

سينمائيا • ففيها المصنف الأدبى الذى وضع فى شكل يجعله ملائمـا للفن السينمائى ، وفيها السيناريو وهى الفكرة المكتوبة للاذاعة بطريق السينما ، وفيها الحوار الذى وضع على ألسنة الممثلين السينمائيين ، وفيها الموسيقى اذا وضعت خصيصا للمصنف السينمائى ، وفيها الاخراج اذا قام بعمل ايجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف السينمائى ، وفيها غير ذلك مما سيأتى ذكره • وهذا كله مزيج من مصنفات أدبية ومصنفات فنية ومصنفات موسيقية ، ينتهى الى أفلام سينمائية معدة للنشر عن طريق الاذاعة السينمائية • ولا يجوز نشرها الا باذن من مؤلفيها ، وسيأتى بيان من هم هؤلاء المؤلفون (١) •

٥ — المصنفات التى تعد خصيصا أو تذاع بواسطة الاذاعة اللاسلكية أو التليفزيون ، وهذه كلها مصنفات مكتوبة ، أعدت للاذاعة عن طريق الراديو (الاذاعة اللاسلكية) أو عن طريق التليفزيون ، وهى مصنفات متنوعة ، فمنها الأحاديث والقصص والمسرحيات والموسيقى والأغانى والأخبار والتعليقات والخطب والمحاضرات وغير ذلك مما نسمعه عادة عن طريق الراديو أو نراه عن طريق التليفزيون • فهى خليط من مصنفات أدبية وعلمية ومصنفات موسيقية ومصنفات فنية ، وكلها تشملها الحماية فلا يجوز نشرها أو اذاعتها الا باذن من المؤلف •

١٧٢ — عنوان المصنف :

وقد نصت المادة ٣/٢ — من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « وتشمل الحماية كذلك عنوان المصنف اذا كان متميزا بطابع ابتكارى ، ولم يكن لفظا جاريا للدلالة على موضوع المصنف » (٢) • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون سالف

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ٢٠٠ وما بعدها .

(٢) لم يرد فى المشروع الجديد نص يقابل هذا النص . ولكن يمكن القول ان عنوان المصنف هو جزء منه لا يتجزأ ، فتنسحب الحماية التى تشمل المصنف =

الذكر : « كما تضمنت (المادة ٢) النص على امتداد الحماية الى عنوان المصنف ، الا اذا كان العنوان عبارة تدل على موضوع المصنف وليست متميزة بطابع ابتكارى • وقد قصد بهذا النص أن يكون حائلا دون انتفاع مصنف من شهرة مصنف آخر بانتحال عنوانه » •

فيشترط اذن فى عنوان المصنف ، حتى تتسمله الحماية ، أن يكون متميزا بطابع ابتكارى • وأكثر عناوين المصنفات فى العصور الحديثة ليست متميزة بهذا الطابع الابتكارى ، وليست الا ألفاظا جارية للدلالة على موضوع المصنف ، فلا تشملها الحماية • فاذا وضع مؤلف مصنفا فى التاريخ مثلا ، وأسماه « تاريخ أوربا فى العصور الوسطى » ، أو مصنفا فى القانون وأسماه « النظرية العامة للالتزام » ، أو مصنفا فى الرياضيات وأسماه « حساب المثلثات » ، الى غير ذلك من العناوين التى قصد بها أن تدل على موضوع المصنف دون أن يكون للعنوان طابع ابتكارى ، جاز لأى مؤلف آخر أن يكتب فى نفس الموضوع متخذا نفس العنوان ، ويتميز مصنفه عن المصنف السابق ، لا بالعنوان فهو واحد فى المصنفين ، ولكن باسم المؤلف ، وقد يتميز أيضا باسم الناشر وتاريخ النشر ، ثم يتميز أخيرا بالطابع الابتكارى الذى أضفاه المؤلف على عرض المسائل التى يشتمل عليها المصنف • أما اذا اختار المؤلف لمصنفه عنوانا يحمل طابع الابتكار ، كأن أسماه « مرشد الحيران » ، أو اختار صاحب المجلة لمجلته عنوان « مصر المعاصرة » أو « مجلة القانون والاقتصاد » أو « الرسالة » أو « الثقافة » ، أو صاحب الجريدة لجريدته عنوان « الأهرام » أو « الأخبار » ، أو حملت سلسلة من المصنفات عنوانا مبتكرا كسلسلة المصنفات المعروفة بعنوان « اقرأ » ، أو حملت أغنية عنوانا خاصا بها كعنوان « أنت عمرى » أو « أمل حياتى » ،

= الى عنوانه لذا توافر فيه شرط الابتكار • على ان نظرية المزاحمة غير المشروعة تكفى لحماية عنوان المصنف ، بل هى اكثر ملاءمة لهذه الحماية وسنرى ان القضاء الفرنسى استند الى هذه النظرية •

واشـــتهر المصنف وحاز ذيوعا تحت هذا العنوان ، فان هذا العنوان المبتكر يصبح جزءا من المصـــنف نفســـه ، وتشمله الحماية التى تشمل المصنف • فلا يجوز فى هذه الحالة أن يتخذ مؤلف آخر نفس العنـوان لمصنـفه ، اذ يخشى عندئذ أن يقع الالتباس بين المصـــنف الســـابق والمصنف اللاحق ، وأن يتمتع المصـــنف اللاحق دون حق بالشهرة التى تمتع بها المصنف السابق عن طريق انتحال عنوانه •

على أن القضـــاء الفرنسى يتشـــدد كثيرا فى الاعتراف لعنـــوان المصـــنف بطابع الابتكـــار ، وقد قضـــت محكمة النقض الفرنســـية بأن مصنفا يحمل عنوان (Gueule d'amour) لا يحمل عنوانا مبتكرا ، بل هو عنوان مأخوذ من ألفـــاظ اللغة الدارجة ، فلا تشـــمله حماية حق المؤلف (١) • كذلك قضـــت المحاكم الفرنســـية أن عنـــاوين مثـــل «Le , La marche funébre», «Le feu.» «printemps chante»، عنـــاوين خالية من الابتكـــار الذى يســـتوجب الحماية ، اذ هى مأخوذة من الألفاظ الدارجة (٢) • ولكن القضـــاء الفرنسى ، مع هذا التشـــدد ، يحمى هذه العناوين التى يعتبرها خالية من الابتكار عن طريق آخر ، فهو اذا كان لا يشـــملها بالحماية التى يشـــمل بها حق المؤلف ، الا أنه يحميها عن طريق المزاحمة غير المشروعة • فاذا اتخـذ مصنف عنوانا هو عنوان مصـــنف ســـابق ، حتى لو كان العنـــوان خاليا من الابتكار ، ووقع التباس بين المصـــنفين أفاد منه المصـــنف اللاحـــق بســـبب ما حازه المصنف الســـابق من الشـــهرة ، فألحق المصنف اللاحق الضرر بالمصنف الســـابق ، جاز الحكم بتعويض عن هذه المزاحمة غير المشروعة (٣) • ويترتب على الاســـتناد الى نظرية

---

(١) نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ داللوز ١٩٣٨ — ١ — ٩٧ •

(٢) السين ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ جازيت دى تريبينو ١٩٣٢ — ١ — الأسبوع الثلثى — ٢٣٨ — ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ — ١ — ٣٢٥ — ١٣ ابريل سنة ١٩٣١ جازيت دى باليه ١٩٣١ — ١ — ٧٧٣ — باريس ٣١ اكتوبر سنة ١٩٣٣ جازيت دى باليه ١٩٣٣ — ٢ — ٩٤٧ •

(٣) باريس ٩ يوليه سنة ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٢ — ٧٤٩ — السين التجارية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥٢ — ٦٥٦ •

المزاحمة غير المشروعة أن القضـــاء لا يكون مقيدا بمدة الحماية التى حددها القانون فقد تبقى مجلة أو جريدة مدة أطول من خمسين ســنة بعد موت صــاحبها ، وتحمى مع ذلك من مزاحمة غير مشروعة تأتى من اتخاذ عنوانها عنوانا لمجلة أو جريدة آخرى • وعلى العكس من ذلك قد تختفى مجلة أو جريدة بعد مدة أقل من مدة الحمــاية القــانونية ؛ فينســاها الجمهور ولا يعود هنــاك ثمة التبــاس ينشــأ من اتخاذ مجلة أو جريدة أخــرى نفس العنــوان ، فلا محل اذن لتطبيق مبدأ المزاحمــة غير المشروعة (١) • ونرى من ذلك أن نظرية المزاحمة غيــر المشروعة ، التى استند اليها القضاء الفرنسى ، هى أكثر ملاءمة لحماية عناوين المصنفات (٢) •

١٧٣ — المصنفات المشتقة من مصنفات سابقة :

يقع كثيرا أن يعمد المؤلف الى وضع مصــنف لا يكون مصـــنفا أصـــيلا لم يسـبقه اليه أحد ، بل يكون مشتقا من مصــنف سابق ، ومع ذلك تشمله حماية حق المؤلف •

واشتقاق مصنف لاحق من مصــنف ســابق يتدرج من مجرد اعادة اظهار المصنف كما هو وفى لغته الأصلية ، الى حد اظهــار المصنف فى لغة أخرى غير لغته الأصــلية عن طريق الترجمة ، فيقرب المصــنف اللاحق من المصنف السابق أو يبعد على درجات متفاوتة •

أ — فأقرب ما يكــون المصــنف اللاحق من المصــنف الســابق عندما يعــاد اظهــار المصنف الســابق كمــا هو دون أى تعــديل ، اما لأن هذا المصنف قد آل الى الملك العــام بعد انقضــاء مدة حمايته

---

(١) نقض فرنسى ٢٠ يوليه سنة ١٩٣٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٩ — ٤٥٠ •

(٢) ويثار الحق الأدبى للمؤلف اذا اتخذ عنوان مصنفه عنوانا لملهاه من الملاهى المسرحية او لسلعة يراد ترويجها (ديبوا فى حق المؤلف فقرة ٣٥ — فقرة ٤٨) •

فأصبح مباحا لأى ناشر أن يعيد اظهاره دون أن يستأذن أحدا ودون أى مقابل ، أو أن المصنف اللاحق هو عبارة عن مجموعات لبعض الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والأحكام القضائية حيث يجوز لأى ناشر أن يعيد اظهار هذه الوثائق دون أن يستأذن أحدا ودون أى مقابل ، أو أن المصنف اللاحق هو مختارات من مصنف أو مصنفات سابقة وفى هذه الحالة يجب على مؤلف هذه المختارات أن يستأذن فى النشر مؤلفى المصنفات التى اختار منها أو خلفاء هؤلاء المؤلفين .

٢ — ويبعد المصنف اللاحق قليلا عن المصنف السابق ، اذا أعاد مؤلف اظهار المصنف السابق ولكن بعد اضافة اليه من شرح أو تعليق أو تعريف ، أو بعد تحويره وتعديله عن طريق المراجعة والتنقيح ، أو بعد تحقيق دقيق ومقارنة فيما بين مختلف مخطوطاته وهذا ما يعرف بنشر المخطوطات القديمة . وفيما عدا نشر المخطوطات القديمة ، يجب على مؤلف المنصف اللاحق أن يستأذن مؤلف المصنف السابق أو خلفاءه قبل نشر المصنف السابق مشروحا أو معلقا عليه أو معرفا أو معدلا بعد المراجعة والتنقيح .

٣ — ويبعد المصنف اللاحق عن المصنف السابق بدرجة أكبر ، اذا عمد مؤلف المصنف اللاحق ، لا الى اظهار المصنف السابق كما هو ولو بعد الاضافة أو التنقيح أو التحقيق ، بل الى الاقتباس منه عن طريق التلخيص أو عن طريق التحويل من لون من ألوان الآداب أو العلوم أو الفنون الى لون آخر . وفى جميع هذه الأحوال يجب على مؤلف المصنف اللاحق أن يستأذن مؤلف المصنف السابق أو خلفاءه قبل نشر التلخيص أو التحويل من لون الى آخر .

٤ — ويزداد بعد المصنف اللاحق عن المصنف السابق ، اذا عمد مؤلف المصنف اللاحق الى اظهار المصنف السابق كما هو ولكن فى لغة أخرى غير لغته الأصلية ، وذلك عن طريق الترجمة . وفى هذه الحالة يجب على المترجم أن يستأذن مؤلف المصنف الأصلى أو خلفاءه قبل أن

ينشر ترجمة المصنف (١) •

هذه درجات متفاوتة فى اشتقاق مصنف لاحق من مصنف سابق : اعادة اظهار المصنف الأصلي كما هـو ، واعادة اظهاره بعد الاضافة أو التنقيح أو التحقيق ، والاقتباس من المصنف السابق عن طريق التلخيص أو التحويل ، وترجمة المصنف السابق الى لغة أخرى • ويجب حتى يتمتع مؤلف المصنف اللاحق ، فى جميع هذه الأحوال الأربع ، بالحماية الواجبة لحق المؤلف ، أن يكون هـذا المؤلف قـد بذل قدرا من الجهد فى الابتكار بحيث يضفي على المصنف اللاحق شيئا من شخصيته ، فيتميز المصنف اللاحق عن المصنف السابق بهذا القدر من الابتكار والشخصية • ولا شك فى أن ذلك متحقق فى الحالات الثلاث الأخيرة ، بحكم الاضافة أو التنقيح أو التحقيق ، وبحكم التلخيص أو التحويل ، وبحكم الترجمة الى لغة أخرى • أما فى الحالة الأولى ، وهى حالة اعادة اظهار المصنف الأصلي كما هو ، فيجب حتى يتمتع المؤلف بالحماية أن يتوافر شرط الابتكار والشخصية •

ونستعرض الآن تفصيلا هذه الحالات الأربع •

١٧٤ — الحالة الأولى — اعادة اظهار المصنف الأصلي كما هو :

تنص المادة ٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « مع عدم الاخلال بحكم المادة ١٩ لا تشمل الحماية : أولا — المجموعات التى تنتظم مصنفات عدة ، كمختارات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها من المجموعات ، وذلك مع عدم المساس بحقوق مؤلف كل مصنف • ثانيا — مجموعات المصنفات التى آلت الى الملك العام • ثالثا — مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم واللوائح والاتفاقات

---

(١) واذا كانت الترجمة تجعل المصنف اللاحق أبعد ما يكون عن المصنف السابق ، فذلك فقط من حيث اللفظ ، فيبتعد المصنفان احدهما عن الآخر بقدر ما تتباعد اللغتان . أما من حيث المعنى ، فالترجمة اقرب ما تكون الى الأصل ، اذ المفروض أن الترجمة هى تأدية دقيقة لنفس المعانى التى وردت فى الأصل وان اختلفت اللغة .

الدولية والأحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية ـ ومع ذلك تتمتع المجموعات سالفة الذكر بالحماية اذا كانت متميزة بسبب يرجع الى الابتكار أو الترتيب أو أى مجهود شخصي آخر يستحق الحماية » (١) .

ويشير النص فى صدره الى المادة ١٩ من قانون حماية حق المؤلف ، مشترطا عدم الاخلال بحكمها . والمادة ١٩ هذه تقضى بأنه اذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه ، انتقل حق تقرير النشر الى من يخلفونه . فيباشرون هذا الحق وحقوق المؤلف الأخرى ، على أنه اذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر او بتعيين موعد له او باى امر آخر وجب تنفيذ ما أوصى به . فيجب اذن ، قبل نشر المجموعات المشار اليها فى المادة ٤ سالفة الذكر ، مراعاة ألا تؤخذ هذه المجموعات من مصنفات مات مؤلفوها قبل تقرير نشرها . ولم يقرر نشرها خلفاء هؤلاء المؤلفين لأسباب سائغة ، أو أوصى المؤلفون قبل موتهم ألا تنشر او ان تنشر فى ميعاد معين لم يحن بعد .

ثم ان المادة ٤ ، بعد هذا التحفظ ، تعرض لثلاث طوائف من المصنفات ليست الا اعادة لاظهار مصنفات أصلية سابقة عليها . وهذه هى بالترتيب الذى اخترناه .

(الطائفة الأولى) مجموعات المصنفات التى آلت الى الملك العام : فهذه مصنفات قد انقضت مدة حمايتها فأصبحت من الأملاك العامة ، بما لا يجعل لأحد عليها حقا خاصا به دون سواه . فاذا عمد شخص الى اعادة نشر هذه المصنفات كما هى ، فان له هذا الحق ، ولا يطالبه أحد من خلفاء مؤلفى هذه المصنفات بمقابل لذلك . وهناك رأى يتجه الى فرض مقابل زهيد على الناشر فى هذه الحالة ، ولكن هذا المقابل لا يتقاضاه خلفاء

---

(١) يطابق هذا النص نص المادة ٤ من المشروع الجديد ، فيما عدا أن المشروع الجديد قد اغفل عبارة « مع عدم الاخلال بحكم المادة ١٩ » ، وفى انه وضع لفظ « القرارات » بدلا من لفظ « المراسيم » .

مؤلف المصنف الذي أعيد نشره ، فهؤلاء قد انقضى حقهم في الحماية كما قدمنا . وانما تتقاضاه الدولة ، وترصده لنشر مصنفات أخرى يكون نشرها غير مجز من الناحية المادية ، أو ترصده لمساعدة من يحتاج الى المساعدة من المؤلفين (١) . ولكن هذا الرأي لم يجد مكانا له في التشريع المصري ، لا في التشريع القائم ولا في المشروع الجديد .

فاذا ما نشر شخص مصنفا آل الى الملك العام ، لم يدفع مقابلا لأحد ، وله أن يستغل هذا المصنف دون مقابل ويبيع النسخ التي طبعها منه لحسابه وحده . ولكن هذا المصنف الذي نشره لا يمتع بالحماية ، فهو قد آل الى الملك العام كما قدمنا ، ومن حق أي شخص آخر أن ينشره هو أيضا ، ولو عن طريق نقله من نسخة من النسخ التي طبعها الشخص الأول . وليس لهذا الشخص الأول أن يعترض على ذلك . فهو لا يعتبر مؤلفا للمصنف الذي نشره اذ هو قد اقتصر على اعادة اظهاره كما هو دون أي تغيير ، فلا تكون له عليه حقوق المؤلف . ويكون هذا هو الحكم أيضا فيما اذا أعاد الشخص نشر مجموعات من المصنفات التي آلت الى الملك العام ، لا مصنفا واحدا منها . ويجوز لغيره أن ينقل هذه المجموعات عنه دون اذنه ، اذ أن هذه المجموعات قد آلت كلها الى الملك العام .

لكن اذا بذل الشخص جهدا مبتكرا في جمع هذه المصنفات التي آلت

---

(١) وهذا النظام هو ما اصطلح على تسميته « بالملك العام المعطى » (domaine public payant) وقد انبرى للدفاع عنه انصار متحمسون ، وقدم به في فرنسا مشروع قانون اقرته الجمعية الوطنية في ١٣ فبراير سنة ١٩٤٨ . ولكن مجلس الجمهورية رفضه في ١٥ مايو سنة ١٩٤٨ ، مؤثرا عليه مشروعا آخر أعدته لجنة التربية الوطنية ، ويقضي بفرض رسم زهيد (٢ في الألف) على كل مصنف ينشر سواء آل الى الملك العام أو لم يؤل . وهذا الرسم ، على ضآلته ، يعود بحصيلة هي ضعف الحصيلة التي تجنى من مشروع « الملك العام المعطى » . ولكن هذا المشروع الآخر لم يقر هو أيضا ، ولم يقدر لأي من المشروعين أن يجد سبيلا الى التشريع الفرنسي الاخير لحماية حق المؤلف الذي صدر في ١١ مارس سنة ١٩٥٧ . انظر انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٢٧ — فقرة ٣٣٠ .

الى الملك العام ، كأن رتبها ترتيبا مبتكرا متبعا فى ذلك خطة ابتدعها ، فوضع مثلا المصنفات التى ترجع الى عهد واحد بعضها الى جانب بعض ليدل بذلك على مميزات ذلك العهد ؛ أو وضع المصنفات التى وضعها مؤلف واحد مرتبة بحسب أدوار تاريخ هذا المؤلف ليدل بذلك على ما وقع من تطور فى أسلوب هذا المؤلف أو فى تفكيره ، فان فى هذا قدرا كافيا من الابتكار يضفى على المجموعة شخصية جامعها ، ويكون لناشر هذه المجموعة حق المؤلف عليها . فلا يجوز لأحد ، دون اذنه ، أن يعيد نشر المجموعة بالترتيب الذى توخاه فى جمعها (١) .

(الطائفة الثانية) مجموعات الوثائق الرسمية : فهذه الوثائق حق شائع للجميع ، اذ يراد بها أن تكون فى متناول كل فـــــرد بحيث يمكنه الاطلاع عليها ومعرفة محتوياتها . من ذلك نصوص القوانين والمراسيم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كان الأصل ان مجموعـــــات المصنفات القديمة التى آلت الى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها اذا اعيـد طبعها ونشرها لا يكون لصاحب الطبعة الجديدة حق المؤلف عليها ، الا انه اذا تميزت هذه الطبعة عن الطبعة الأصلية المنقول عنها بسبب يرجع الى الابتكار او الترتيب فى التنسيق او بأى مجهود آخر ذهنى يتسم بالطابع الشخصى ، فان صاحب الطبعة الجديدة يكون له عليها حق المؤلف ويتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق ، اذ لا يلزم لاضـفاء هـذه الحماية ان يكون المصنف من تأليف صاحبه ، وانما يكفى أن يكون عمل واضعه حديثا فى نوعه متميزا بطابع شخصى خاص بما يضفى عليه وصف الابتكار — وهذه القواعد التى قررها الفقـــه والقضاء من قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حـــق المؤلف قد قننها هذا القانون بما نص عليه فى المادة الرابعة منه . فاذا كانت محكمة الموضوع قد سجلت — وفى حدود سلطتها التقديرية — ان المطعون ضده مهد لكتابه بمقدمة تتضمن تراجم للمؤلف الأصلى للكتاب وللشارح له ، واستقى عناصرها من أمهات الكتب القديمة ، ولم يكن لها نظير فى الطبعة الأصلية التى نقل عنها ، وان كتاب المطعون ضده يتميز عن هذه الطبعة بترتيب خـــاص فريد فى نوعه وبفهرس منظم ، وانه ادخل على الطبعة الأصلية تنقيحات اجراها احد العلماء المختصين ، فان هذا الذى سجلته محكمة الموضوع تتوافر به عناصر الابتكار الذى يتسم بالطابع الشخصى لصاحبه ، ولا يكون على المحكمة بعد ذلك معقب فيما انتهت اليه من اعتبار المطعون ضده مستاهلا للحماية المقررة لحق المؤلف (نقض مدنى ٧ يولية سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠) .

والقرارات واللوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية . فلكل شخص أن ينشر مجموعات من هذه الوثائق دون أن يدفع مقابلا لذلك ، ودون أن يستأذن أحدا . ولكن لا يكون له على هذه المجموعات حق المؤلف ، لأنه لم يبتكر شيئا ، بل هو اقتصر على نقل الوثيقة الرسمية كما هى . ويجوز لأى شخص آخر أن يعيد نشر هذه المجموعات ، ولو بنقلها عن المجموعات التى سبق للشخص الأول أن نشرها ، وذلك دون دفع أى مقابل له ، بل ودون استئذانه .

لكن اذا بذل الشخص جهداً مبتكرا فى جمع هذه الوثائق الرسمية ، ونشرها فى مجموعات تحمل طابع هذا الجهد المبتكر ، فانه يكون له عليها حق المؤلف ، ولا يجوز لأحد أن ينقل عنه دون استئذانه . مثل ذلك أن يجمع الشخص القوانين والمراسيم والقرارات واللوائح مرتبة بحسب موضوعاتها ، وأن يرتب هذه الموضوعات ترتيبا أبجديا ، بحيث يتيسر للباحث أن يجد الموضوع الذى يريده عن طريق الترتيب الأبجدى ، وأن يجد القوانين وغيرها من مراسم وقرارات ولوائح مدونة تحت هذا الموضوع . ومثل ذلك أيضا أن يجمع الشخص الاتفاقات الدولية بعد أن يرتبها تبعا لخطة يبتكرها ، كأن يجمع الاتفاقات مع كل دولة على حدة مع ترتيبها بحسب موضوعاتها أو بحسب تواريخها . ومثل ذلك أخيرا أن يجمع الشخص الأحكام القضائية التى صدرت فى السنة الواحدة ، مرتبة بحسب المحكمة التى صدرت منها ، وبحسب موضوعاتها أو بحسب تواريخها ، فاذا أضاف الى ذلك موجزا للحكم كان فى ذلك اضافة تنقلنا الى الحالة الثانية التى سيأتى ذكرها . وذلك مألوف فى مجموعات الأحكام القضائية التى ترتب على هذا النهج ، كمجموعات الأحكام التى تصدرها محكمة النقض ، أو التى تصدرها المجموعة الرسمية ، أو التى تصدرها مجلة المحاماة ، أو التى تصدرها مجموعات داللوز وسيريه وغيرها من المجموعات الفرنسية .

(الطائفة الثالثة) مختارات الشعر والنثر وغيرها من المجموعات : وهذه منقولة عن مصنفات سابقة فى الشعر والنثر وغيرهما من فنون الأدب

أو من مصنفات علمية . فاذا كانت هذه المصنفات السابقة لاتزال تشملها الحماية ، فلابد للمؤلف الذى جمع هذه المختارات من استئذان مؤلفى هذه المصنفات السابقة أو خلفائهم ، وتقول المادة ٤ سالفة الذكر صراحة فى هذا المعنى : « وذلك مع عدم المساس بحقوق مؤلف كل مصنف » . أما اذا كانت المصنفات السابقة قد انقضت مدة حمايتها وآلت الى الملك العام، فان المؤلف الذى جمع المختارات لا حاجة له فى استئذان أحد ، وتكون قد عدنا الى الطائفة الأولى سالفة الذكر الخاصة بنشر مجموعات من المصنفات التى آلت الى الملك العام . وفى الحالتين لا يكون لجامع هذه المختارات فى الأصل حق المؤلف على المجموعة التى اختارها ، اذ هو قد اقتصر على جمع أقوال غيره دون أى ابتكار من جهته . ويجوز لأى شخص نقل المجموعة واعادة نشرها دون أن يدفع أى مقابل ، ودون أن يستأذن الجامع الأول لهذه المختارات .

ولكن يقع فى المختارات أن تكون مجموعاتها تحمل طابع الابتكار والشخصية . مثل ذلك مختارات البارودى فى شعر المولدين ، فقد جمعها البارودى من دواوين مختلفة بعضها غير منشور ، ورتبها بحسب موضوعاتها من مدح ورثاء وغزل وما الى ذلك ، ثم اختار لكل شاعر من المولدين الجيد من شعره وأغفل ما لم يجده جيدا . وفى هذا كثير من الابتكار يجعل لجامع هذه المختارات حق المؤلف على مجموعته ، فلا يجوز لأحد أن ينقلها دون استئذانه هو أو خلفائه من بعده الى أن تنقضى مدة الحماية . كذلك قد تحمل مختارات النثر والعلوم طابع الشخصية والابتكار على النحو الذى رأيناه فى مختارات الشعر ، فيكون للجامع حق المؤلف ولا يجوز نقل مجموعته دون استئذانه أو استئذان خلفائه (١) .

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف فيما نحن بصدده ما يأتى : « أما فيما يتصل بالمجموعات كالوثائق الرسمية ونصوص القوانين والاتفاقات الدولية والمراسيم واللوائح والأحكام القضائية وغيرها ، فانها لا تدخل بطبيعتها فى نطاق المصنفات المحمية ، لأنها وثائق عامة تضعها الدولة، فلا يستأثر بها فرد دون آخر ، بل هى حق شائع للجميع . على أن الحكم =

١٧٥ ـ الحالة الثانية : اعادة اظهار المصنف الأصلى بصدد الاضافة أو التنقيح أو التحقيق :

تنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف الى لغة أخرى ، أو بتحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم الى لون آخر ، أو من قام بتلخيصه أو بتحويره أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأى صورة تظهره فى شكل جديد ، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلى » (١) .

ويعرض هذا النص لجميع الأحوال الثلاث الباقية ، والذى يعنينا منه هنا هو الحالة الثانية التى نحن بصددها ، فنقتصر من النص على العبارة الآتية : « يتمتع بالحماية من قام ... بتحويره (تحوير المصنف) أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأى صورة تظهره فى

= يختلف فى شأن هذه الوثائق اذا جمعت فى مجموعة ، وروعى فى جمعها الاختيار والترتيب بحيث تبدو فى صورة مصنف جديد ، فانها تدخل عندئذ فى نطاق المصنفات المحمية (المادة الرابعة) . وكذلك الحال بالنسبة لمجموعات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها ، فانه يجوز أن تشملها حماية هذا القانون اذا تميزت عن غيرها بسبب يرجع للاختيار والترتيب ، شأنها فى ذلك شأن مجموعات الوثائق الرسمية ومجموعات الوثائق التى آلت الى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها . فمناط الحكم هو التمييز بما يضفى عليها وصف الابتكار . أما المجموعات التى تنتظم عدة مصنفات سبق نشرها دون مراعاة الاختيار أو الترتيب فى وضعها ، فانها تخرج عن نطاق الحماية . ويلاحظ فى جميع هذه الأحوال أن حقوق أصحاب المصنفات التى تجمع تظل محفوظة » .

هذا ويستوى فى المجموعات التى تنطوى على شىء من الابتكار أن تكون ذات أغراض أدبية وعلمية ، أو أن تكون ذات أغراض عملية . فيكون مستأهلا للحماية الدليل العملى للمدن الكبرى ، وكتالوجات المعارض والدعاية ، والبيانات عن الأسواق التجارية ، ونحو ذلك . انظر أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٠ .

(١) ويطابق هذا النص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من المشروع الجديد ، فيما عدا أن المشروع الجديد فى صدر النص جرى على الوجه الآتى : « يتمتع بالحماية من قام بتعريب المصنف أو ترجمته أو بتحويله الخ الخ » .

شكل جديد ، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقوق المؤلف الأصلى » .
فهذه الحالة الثانية اذن تضم صورا ثلاثا :

١ — اعادة اظهار المصنف الأصلى ، ولكن بعد اضافة اليه من شرح أو تعليق .

٢ — اعادة اظهار المصنف الأصلى ، ولكن بعد تحويره وتعديله عن طريق المراجعة ، والتنقيح .

٣ — اعادة اظهار المصنف ، عن طريق نشر المخطوطات القديمة .

أولا : اعادة اظهار المصنف الأصلى ، ولكن بعد اضافة اليه من شرح أو تعليق : فالمؤلف فى هذه الصورة يعيد اظهار المصنف الأصلى كما هو دون أى تعديل أو تحوير ، وذلك بعد استئذان مؤلف المصنف الأصلى أو خلفائه اذا كان المصنف الأصلى لم تنقض مدة حمايته ولم يؤل بعد الى الملك العام . والابتكار الذى يضفيه المؤلف على المصنف الأصلى هو ما يضيف الى هذا المصنف من شرح أو تعليق . فقد يقوم بشرحه عبارة عبارة ، أو بشرحه اجمالا . وقد يقوم بالتعليق على بعض عباراته ، والتنويه برأيه فيما جرى به المصنف الأصلى مؤيدا أو مفندا . وقد يقوم بتعريف المصنف الأصلى للقراء ، بأن يقدم له ويذكر فى المقدمة تاريخ المصنف وما انطوى عليه من معان وافكار ، وقد يبين رأيه فى كل ذلك . وقد يقوم بهذه الأمور الثلاثة جميعا — الشرح والتعليق والتعريف — أو يقوم ببعضها . والمهم فى كل ذلك أن يضيف جديدا مبتكرا الى المصنف الأصلى ، من شرح أو تعليق أو تعريف . فشرح الألفاظ القليلة ، أو كتابة مقدمة قصيرة لا تعرف المصنف الأصلى تعريفا كافيا ، كل ذلك لا يكون جديدا مبتكرا ، فلا يتمتع المؤلف بالحماية . أما اذا انطوت الاضافة على الجديد المبتكر ، فعند ذلك يستحق المؤلف صاحب الشرح أو التعليق أو التعريف الحماية . ومن ثم لا يجوز لأحد أن ينقل المصنف الأصلى بما يحمل من شرح أو تعليق أو تعريف ، الا بعد

أن يستأذن كلا من صاحب المصنف الأصلي (أو خلفائه) وصاحب الشرح أو التعليق أو التعريف (أو خلفائه) .

ثانيا : اعادة اظهار المصنف الأصلي ، ولكن بعد تحويره وتعديله عن طريق المراجعة والتنقيح : فى هذه الصورة يعيد المؤلف اظهار المصنف الأصلي ، بعد استئذان مؤلفه أو خلفائه اذا كان هذا المصنف لم تنقض مدة حمايته ولم يؤل الى الملك العام ، ولكن لا يعيد اظهاره كما هو على الوجه المبين فى الصورة السابقة . وانما يحور فيه ويعدل ، بعد مراجعته وتنقيحه . فقد يكون المصنف الأصلي فى حاجة الى مراجعة وتنقيح ، حتى يجارى آخر مراحل العلم فى الموضوع الذى تصدى له . وقد يكون فى حاجة الى مراجعة وتنقيح بعد نشره أول مرة ، لاصلاح ما فيه من نقص بعد ما وجه اليه من نقد ، واعتراضات . وقد يكون المصنف الأصلي مصنفا فى التاريخ أو فى القانون ، فيراجع وينقح حتى يستوفى مرحلة التاريخ التى وقف دونها عند نشره أول مرة اذا كان مصنفا فى التاريخ ، أو حتى يستوفى ما استجد من قضاء وفقه اذا كان مصنفا فى القانون . وهكذا تتنوع أسباب الحاجة الى المراجعة والتنقيح ، فيعمد مؤلف جديد ، وحده أو بالاشتراك مع المؤلف الأصلي ، الى تعديل المصنف وتحويره بما تنتهى اليه نتيجة المراجعة والتنقيح . وفى جميع الأحوال يكون للمؤلف الجديد حق المؤلف بما راجع ونقح وحور وعدل ، على أن يتوافر للتحوير والتبديل صفة الابتكار والشخصية . ويكون المؤلف الجديد شريكا للمؤلف الأصلي بالنسبة التى يتفقان عليها اذا اشترك الثانى مع الأول فى المراجعة والتنقيح . التى يتفقان عليها اذا اشترك الثانى مع الأول فى المراجعة والتنقيح . وهذا مع خلوص حق المؤلف الأصلي فى مصنفه قبل المراجعة والتنقيح . أما اذا انفرد المؤلف الجديد بالمراجعة ، فيكون هو وحده صاحب حق التأليف فى حدود ما أدخله على المصنف الأصلي من تحوير وتعديل .

ثالثا : اظهار المصنف الأصلي عن طريق نشر المخطوطات القديمة : فى هذه الصورة الثالثة نفرض أن المصنف الأصلي لم يسبق نشره ، بل لا يزال مخطوطا أيا كان عدد النسخ المخطوطة . وقد يكون المصنف

الأصلي قد سبق نشره ، ولكن النشر جاء معيبا لعدم الدقة في التحقيق ، فيعمد شخص الى نشره نشرا علميا دقيقا . وهذا النشر العلمي الدقيق يكون عادة عملا شاقا مضنيا . فالناشر في حاجة الى عدد من مخطوطات المصنف يجمعها من نواح متفرقة قد تكون بعيدة ، عن طريق النسخ أو عن طريق التصوير . ثم يعمد بعد ذلك الى دراسة المصنف دراسة عميقة حتى يدرك مراميه ومعانيه . ويعيش في الجـــو الذي صنف فيه . ثم يقابل المخطوطات المتعددة بعضها ببعض . فاذا وقع خلاف بين هـــذه المخطوطات ، وكثيرا ما يقع ، فعليه أن يجتهد رأيه ، وأن يرجـــح رواية بعض المخطوطات على رواية المخطوطات الأخرى . كل ذلك يجريه في تحقيق دقيق ، وعلى أساليب علمية صحيحة ، ثم يخرج المصنف بعد التدقيق والتحقيق على أقرب صورة من الحقيقة . ويغلب أن يقدم للمصـــنف المنشور ، ويعرف به ، ويعلق عليه ، ويشرح بعض معانيه ، فيكون قـــد جمع الى نشر المخطوطات التعريف والتعليق والشرح . كل هذه الجهود الشاقة تقتضي من الناشر ابتكارا يضفي على المصنف المنشور شخصيته ، ومن ثم يستحق حمـــاية المؤلف . فـــلا يجوز لأحد أن ينقل هذا المصنف بعـــد نشره على الوجه المتقدم الذكر ، الا بعـــد أن يستأذن الناشر أو خلفاءه . أما الناشر نفسه فيغلب ألا يستأذن أحدا في نشر المخطوط ، اذ أن الكثرة الغالبة من المخطوطات القديمة قد انقضت مـــدة حمايتها وآلت الى الملك العـــام (١) .

---

(١) وكانت محكمة مصر الكلية قد قضت بأن جمـــع الآراء المنســـوبة الى أحد كبار الثقات في علم التفسير ، وهو العـــلامة القرطبي ، وترتيبها ، واعادة طبع ما جمعه المؤلف من آراء مختلفة ، هـــذا المجهود لا يمكن مهمـــا عظم أن ينقلب الى حـــق تأليف الكتاب (مصر الكلية ٧ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ١٩٤٢ — ٣ — ٨٨) — وتتحصل وقائع الدعـــوى في ان دار الكتب طبعت تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) طبعة حديثة ، وقالت ان هذه الطبعة مستقاة من عشر نسخ خطية روجـــع بعضهـــا على بعض ، وصحح ما فيهـــا من تحريف وتصحيف بالاسترشاد بالكتب التي نقل عنها المؤلف ، وعنى بضبط الألفاظ ووضـــع الحـــواشي والهـــوامش ، وصدرت الطبعة بفهرس أعد خصيصا لهـــا وبمقدمة من وضـــع السيد محمد الببلاوي نقيب الأشراف ومراقب احياء الآداب العربية بدار الكتب . =

١٧٦ — الحالة الثالثة الاقتباس من المصنف السابق عن طريق التلخيص أو التحويل :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون حماية حق المؤلف تنص على ما يأتي : « يتمتع بالحماية من قام ... بتحويله (تحويل المصنف) من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم الى لون آخر ، أو من قام بتلخيصه ... » . فالمؤلف فى هاتين الصورتين يقتبس من مصنف سابق . اما عن طريق التلخيص أو عن طريق التحويل .

١ — فيأتى الاقتباس عن طريق التلخيص اذا عمد مؤلف الى مصنف أدبى أو علمى ، ولخصه تلخيصا واضحا بحيث ينقل الى القارىء صورة صحيحة من المصنف الأصلى . وهذا هو الابتكار الذى ساهم به الملخص : فقد أضفى شخصيته على التلخيص ، وبذل جهدا محسوسا فيما قام به من عمل . ومن ثم تشمله الحماية ، ولا يجوز لأحد أن ينقل تلخيصه هذا دون أن يستأذنه هو أو خلفاءه من بعده . وغنى عن البيان أنه اذا كان المصنف الأصلى الذى عمد المؤلف الى تلخيصه لا يزال يتمتع بالحماية ، فانه يجب على الملخص قبل أن ينشر التلخيص أن يستأذن مؤلف هذا المصنف الأصلى أو خلفاءه . واذا تم له الاذن ، فانه يصبح

= فاستغل المدعى عليه هذه الجهود لمصلحته الشخصية ، بأن أخذ صورة بالزنكوغراف من الجزء الأول حتى الفهرس والمقدمة ، وباعة للجمهور بعد أن وضع اسمه على الغلاف بدلا من اسم دار الكتب . وظاهر أن هذا المجهود يتضمن عناصر الابتكار فى التكوين الذى يكفى وحده للتمتع بالحماية ، فضلا عما تضمنته مقدمته من جدة فى التعبير . ولذلك الفت محكمة استئناف مصر هذا الحكم ، مقررة أن اعادة طبع الكتب القديمة التى دخلت فى الملك العام ، اذا أدخلت عليها زيادات أو تعديلات أو ترتيبات أو تعليمات مهما كانت موجزة ، مهمة كانت أو غير مهمة ، تجعل الطبعة المعادة ملكا لصاحبها كطبعة جديدة ، بل مجرد وضع فهرست لكتاب قديم يجعل هذا الفهرست ملكا لواضعه (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣١ ص ٦٦٧) . وبهذا المعنى : استئناف مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ — نقض فرنسى جنائى ١٨ مايو سنة ١٩٣٨ جازيت ١٩٣٨ — ٢ — ٣١١ . وانظر محمد على عرفة فقرة ٣٨٥ ص ٤٢٠ — ص ٥٢١ .

مؤلفا للتلخيص وله عليه حقوق المؤلف ، ويبقى صاحب المصنف الأصلي هو مؤلف هذا المصنف وله عليه حقوق المؤلف • غير أن مؤلف المصنف الأصلي ، بموجب الاذن الذى يمنحه للملخص فى التلخيص ، قد يتفق معه على جعل معين يتقاضاه دفعة واحدة ، أو يتقاضاه على دفعات فى كل مرة ينشر فيها التلخيص •

٢ — وأكثر ما يأتى الاقتباس عن طريق التحويل • فيعمد المؤلف الى مصنف فيحوله من لون الى لون آخر • مثل ذلك أن يعمد المؤلف الى رواية أو قصة ، فيحولها الى مسرحية للتمثيل ، أو الى فيلم سينمائى ، أو يعدها للاذاعة عن طريق التليفزيون أو عن طريق الراديو • ومثل ذلك أيضا أن يعمد المؤلف الى مصنف علمى ، فيحوله الى قصة شائقة يورد فيها الحقائق العلمية التى وردت فى المصنف على نحو مبسط جذاب • فاذا كان المصنف الأصلى الذى عمد المؤلف الى تحويله لا يزال مشمولا بالحماية ، وجب على المؤلف قبل أن ينشر التحويل أن يستأذن مؤلف هذا المصنف الأصلى أو خلفاءه (١) • وكثيرا ما يقوم الخلاف ما بين المؤلفين ، فيتمسك مؤلف المصنف الأصلى بأن المصنف اللاحق ليس الا تحويلا لمصنفه ، وينكر مؤلف المصنف اللاحق ذلك عليه • وهذه مسألة واقع ، يفصل فيها قاضى الموضوع (٢) • فاذا بت

---

(١) وليس لمؤلف المصنف الأصلى ان يعترض على ما يقتضيه تحويل مصنفه من لون الى لون آخر من تحوير وتغيير فى المصنف الأصلى ، مما تستوجبه اصول الفن فى اللون الذى حول اليه المصنف . فالأصول الفنية للقصة غير الأصول الفنية للمسرحية ، وهذه غير الأصول الفنية للأفلام السينمائية . انظر انسيكلوبيدى داللوز ٤ Prop. Lit. et Art. لفظ فقرة ٣٧٧ •

(٢) نقض فرنسى ٢٧ يونيه سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٢٩٦ — ٢٧ فبراير سنة ١٩١٨ Ann. ١٩١٩ — ١ — ٥٣ — وانظر نقدا لهذا القضاء وفى أن هناك مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض : ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٩ — فقرة ٢٢ ويقول ديبوا فى هذا الصدد انه يجب التمييز بين الفكرة المجردة وهى حق شائع للجميع ، وبين الانشاء والتعبير (composition et expresation) ‖

فى أن هناك تحويلا للمصنف الأصلى ، كان مؤلف المصنف اللاحق مسئولا ، ووجب عليه أن يدفع تعويضا لمؤلف المصنف الأصلى أو لخلفائه . ومهما يكن من أمر ، فانه متى حسم الخلاف وأصبح ثابتا أن هناك تحويلا ، أو أن التحويل كان مسلما به دون خلاف ، فان صاحب التحويل يكون له حق المؤلف على تحويله ، ولا يجوز لأحد أن ينقل تحويله دون أن يستأذنه هو أو خلفاؤه ، اذ أن حماية المؤلف تشمل التحويل كما تشمل المصنف الأصلى . وعلى ذلك يكون لصاحب التحويل الحق فى منع أى شخص آخر من تحويل تحويله — أى التحويل فى الدرجة الثانية — الا باذنه . فاذا حول شخص احدى الروايات أو القصص الى مسرحية ، فانه يصبح صاحب المسرحية وله حقوق المؤلف عليها . ومن بين هذه الحقوق أنه لا يجوز لأحد أن يحول مسرحيته الى فيلم سينمائى مثلا الا باذنه (١) . ويبقى بعد ذلك أن نحدد حق المؤلف الأصلى صاحب الرواية أو القصة : هل يستنفد حقه بمجرد أن يأذن لصاحب المسرحية فى تحويل روايته الى مسرحية ، أو يحتفظ بحق له فيما يتعلق بتحويل المسرحية الى فيلم سينمائى . ويجب استئذانه فى ذلك أيضا ؟ لا شك فى أنه لا يعتبر شريكا (coauteur, collaborateur)

= وهذا يختص به المؤلف . فاذا كان المصنف اللاحق لم ينقل عن المصنف السابق الا الفكرة المجردة فان هذا لا يعد تحويلا ، أما اذا نقل عنه الانشاء والتعبير فهذا هو التحويل (ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٨) .

(١) ويشترط بداهة أن يكون فى التحويل ابتكار وطابع شخصى مما يستأهل الحماية . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم اذ قضى بخلو العمل الذى قام به مورث الطاعنين — اقتباسا من الرواية الأصلية (الأرملة الطروب) — من الابتكار الذى يستأهل حماية القانون وبعدم وجود التماثل بين ذلك العمل وبين اقتباس المطعون عليهم ، قد أقام قضاءه بذلك على أسباب سائغة ، فانه لا يكون على المحكمة بعد ذلك اذا هى لم تستجب الى طلب الطاعنين باجراء المقارنة بين العملين عن طريق ندب خبير أو عن طريق انتقال المحكمة لسماع الأداء العلنى ، مادامت قد وجدت فى أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكفى لتكوين رأيها فيها بنفسها (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٨ ص ١٧٨) .

لصاحب المسرحية فى مسرحيته ، ولكنه مع ذلك يحتفظ بحق المؤلف — لا بحق الشريك — فيما يتعلق بتحويل المسرحية الى فيلم سينمائى ، ويجب استئذانه ، هو وصاحب المسرحية معا ، فى هذا التحويل ، وله يتقاضى جعلا على هذا الاذن (١) .

١٧٧ — الحالة الرابعة : ترجمة المصنف الى لغة أخرى :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٣ من قانون حماية حق المؤلف ، كما رأينا ، على ما يأتى : « يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف الى لغة أخرى .. » . ولعل من ترجم المصنف قد عانى فى ترجمته الى لغة أخرى من المشقة ما عاناه مؤلف هذا المصنف ، فليس يسيرا نقل كتاب من لغة الى لغة أخرى . وتقتضى الترجمة احاطة تامة بكل من اللغتين ، كما تقتضى جهدا شاقا فى اختيار العبارات فى اللغة المترجم اليها ووزنها والتثبت من أنها تعبر عن نفس المعنى ، هذا الى ذوق سليم وتمكن من اللغة المترجم اليها بحيث يستطيع المترجم أن يسمو فى هذه اللغة سمو المؤلف فى اللغة الأصلية . وهذا كله يكفل للترجمة قدرا كبيرا من الابتكار والشخصية ، مما يستوجب أن يكون للمترجم على ترجمته حق المؤلف ، فلا يجوز لأحد دون اذنه أن ينقل ترجمته أو يحولها الى لون آخر من ألوان الآداب أو العلوم . وتقول المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد : « والمصنفات المبتكرة التى يحميها المشرع غير مقصورة على المصنفات الأصلية ، بل تشمل المؤلفات المترجمة كما تشمل

---

(١) ويترتب على ان صاحب الرواية لا يعتبر شريكا لصاحب المسرحية ، وانما هو يستعمل حق المؤلف الخاص به ، ان المسرحية لا تعتبر شركة بين صاحب الرواية وصاحب المسرحية الى حد الا تنقضى مدة حمايتها الا بانقضاء خمسين سنة من موت آخر من بقى حيا من الشريكين . فلا يكون لخلفاء صاحب الرواية الرجوع بحقهم الا فى مدى خمسين سنة من موت مورثهم ، حتى لو بقى صاحب المسرحية حيا بعد موت هذا المورث فطالت مدة حمايته عن مدة حماية المورث . انظر ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٧٦) .

كافة صور اعادة اظهار المصنفات الموجودة فى شكل جديد ، على ألا يخل ذلك بحماية حق المؤلف الأصلى » .

والمؤلف الأصلى للمصنف المترجم له حقوق لا يجوز اغفالها . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف على أن لمؤلف المصنف وحده « الحق فى ترجمته الى لغة أخرى » . ويستوى فى ذلك الحق مؤلف المصنف الأصلى اذا ترجم مصنفه الى لغة أخرى ، ومترجم المصنف الأصلى اذا ترجمت ترجمته الى لغة ثالثة ، فلابد أيضـــا من استئذان المترجم فى ترجمة ترجمته . وتنص المادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف على أن « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه الى لغة أجنبية أخرى فى ترجمة ذلك المصنف الى اللغة العربية اذا لـــم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره فى مـــدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم » . فاذا عمد شخص الى ترجمة مصنف ، ســـواء كانت الترجمة مباشرة مـــن المصنف أو كانت من ترجمة للمصنف الى لغة يعرفها المترجم الثانى ، وكان المصنف أو ترجمته تشمله الحماية (خمسين سنة بعد موت المؤلف أو المترجم) ولم يؤل الى الملك العام ، وجب عـــلى المترجم استئذان صاحب المصنف الأصلى ، أو استئذان كل من صاحب المصنف الأصلى والمترجم الأول ، قبل نشر ترجمته . ويستثنى من ذلك الترجمة الى اللغة العربية ، فقـــد أراد المشرع التيســـير للمترجمين حتى يتمكنوا مـــن ترجمة أعلام المصنفات الأجنبية الى اللغة العربية فتتزود المكتبة العربية بما ينبغى لها أن تتزود به من عيون الأدب والعلم والفن فى اللغـــات الأجنبية مترجمة الى اللغة العربية . فقضت المادة ٨ سالفة الذكر بأن حق مؤلف المصنف الأصلى فى ترجمة كتابه الى اللغة العربية ، وكذلك حق مترجم هذا المصنف فى ترجمة ترجمته الى اللغة العربية ، يسقطان بانقضاء خمس سنوات (وليس خمســـين سنة) من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو الترجمة الأولى (لا من تاريخ موتهما) اذا لـــم يباشر المؤلف أو المترجم الأول هـــذا الحق بنفسه أو بواســـطة غيره .

ومؤدى ذلك أن المترجم العربى ، اذا تربص خمس سنوات من وقت نشر مصنف أجنبى أو من وقت نشر ترجمته الى لغة أجنبية أخرى ، ولم يقم فى خلال هذه المدة المؤلف الأصلى أو المترجم الأول بترجمة المصنف أو ترجمة ترجمته الى اللغة العربية بنفسه أو بواسطة غيره ، جـازت عندئذ ترجمة المصنف أو ترجمة ترجمته الى اللغة العربية دون حاجة الى استئذان أحد ودون أى مقابل ، لأن حق المؤلف أو المترجم الأول فى الترجمة الى اللغة العربية يكون قد سقط وآل الى الملك العام [١] . أما اذا قام المؤلف أو المترجم الأول بترجمة مصنفه الى اللغة العـربية فى خلال خمس سنوات من أول نشر له ، فانه لا تجوز ترجمة المصنف الى اللغة العربية مرة أخرى الا باذنه ، طول مدة حياته وخمسين سنة بعد مـــوته .

المطلب الثـــانى

المصـــنفات الفنيـــة

١٧٨ — أمثلة للمصنفات الفنية وردت فى القانون :

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٢ من قانون حماية حـق المؤلف قد أوردت ، على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر ، أمثلة من المصنفات المحمية على مختلف أنواعها . وذكر النص من أمثلة المصنفات الفنية ما يأتى :

١ — المصنفات الداخلة فى فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة . وهذه المصنفات تتناول أكثر

---

(١) وتحمى هـذه الترجمة العربية بالذات مدة حياة المترجم وخمسين سنة من موته ، ولكن هـذا لا يمنـع من أن يترجم شخص آخر المصـــنف الأصلى أو ترجمته مرة أخرى الى اللغة العربية ترجمة مستقلة من الترجمة العربية الأولى .

الفنون الجميلة ، فهى تتناول الرسم ، والتصـــــوير بمختلف أنواعه (الخطوط أو الألوان) ، والحفر ، والنحت والعمارة ، ويضاف الى ذلك النقش والزخرفة . فالرسام اذا كان فى رسمه ابتكار يكون له حـــق المؤلف على رسمه ، فلا يجوز لأحد ان ينقل رسمه دون اذنه ، ولا يجوز لأحد دون اذنه أيضا أن يحول رسمه الى لون آخر من ألوان الفنـــون الجميلة كالتصوير والنحت . وكذلك المصور ، اذا كانت لوحته تنطوى على ابتكار ، يكون له حق المؤلف عليها . وكذلك الحكم فيما يتعلق بالحفار على ما يحفره ، والنقاش على ما ينقشه ، والمزخرف عـــلى ما يزخرفه ، والنحات (المثال) على ما يصنعه من تماثيل ، والمهندس المعمـــارى على ما يضعه من تصميمات معمارية . ومناط الحماية فى كل هذه الأحوال هو الابتكار والشخصية .

٢ ـــ المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية . وهذه أيضا مصـــنفات فنية . وسنرى فيما يتعلق بالمصنفات الفوتوغرافية أنها محل لاختـــلاف فى الرأى ، وأنها على كل حال دون المصنفات الأخرى فى الحماية . أمـــا المصنفات السينمائية ، وتنتهى الى الأفلام السينمائية ، فهى شىء مركب ومعقد ، وسنرى فيما يلى عندما نحلل هذه المصنفات كيف أن أكثـــر من واحد يعتبر مؤلفا لها . وبعضها تأليف أدبى ، وبعضـــــها تأليف فنى ، وبعضها تأليف موسيقى . ولذلك سبق أن أدخلناها فى المصنفات الأدبية ، وندخلها الآن فى المصنفات الفنية ، وسندخلها فيما بعد فى المصـــنفات الموسيقية .

٣ ـــ الخرائط الجغرافية والمخطوطات (الرسوم الكروكية) . وهذه ضروب من الرسم تحتاج الى مقدرة فنية . فالرسم الكروكى قد ينطوى على ابتكار يستحق معه الحماية ، كما أن لرسم الخرائط فنا خاصا يعرف بفن الخرائط الجغرافية ، وهو أيضا يدخله كثير من الابتكار مما يستوجب حمايته .

٤ ـــ المصنفات المجسمة المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو

العلوم ، وهذه أيضا مصنفات فنية ، يختلط فيها الرسم بالحفر وبفن الخرائط ، وهى تحتاج الى مقدرة فنية كبيرة ، وتنطوى على كثير من الابتكار ، مما يجعلها جديرة بالحماية .

٥ — المصنفات التى تؤدى بحركات أو خطوات وتكون معدة للاخراج المادى . وأهم هذه المصنفات هى فنون الرقص المختلفة ، وكذلك الألعاب الفنية ، ويدخل فيها أيضا فن الاخراج فى أدوار التمثيل . وكل هذه فنون تحتاج الى مقدرة خاصة ، كما تنطوى على شىء من الابتكار يجعلها مما تشمله الحماية .

٦ — المصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية . ويشمل ذلك أعمال الخزف والأوانى المزخرفة والأدوات المنقوشة والزجاج الملون وما الى ذلك من مختلف الفنون الجميلة مطبقة تطبيقا عمليا فى شىء مجسم ، كآنية وحلية وصوان وأطباق وزجاج . وهذا كله يقتضى مهارة فنية خاصة ، وينطوى على كثير من الابتكار بما يجعله مستحقا للحماية .

١٧٩ — العبرة فى المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بخطة العمل :

وتختلف المصنفات الفنية عن المصنفات الأدبية والعلمية والموسيقية بأن العبرة فى الأولى هى بالتنفيذ (exécution) . فالمصنف الفنى لا يعتبر مصنفا ولا يستحق الحماية الا اذا نفذ فعلا ، أما اذا وقف الفنان عند خطة العمل (composition) دون التنفيذ ، فان عمله هذا لا يعتبر مصنفا فنيا . فخطة العمل تختلط بالتنفيذ اختلاطا تاما فى المصنفات الفنية ، ويستغرق التنفيذ الخطة ، ويصبح التنفيذ لا الخطة هو الواجب الحماية . فمادامت الخطة لم تخرج الى حيز التنفيذ حتى يبرز العمل الفنى مجسما فى صورة أو فى تمثال أو فى غير ذلك ، فلا يعتد بالخطة فى ذاتها ، ولا يشملها القانون بالحماية . ولو أن تلميذ الفنان استوحى من الفنان خطة العمل كاملة ، وقام بتنفيذها تنفيذا حرفيا دون أية اضافة من عنده ، لكان العمل الذى نفذه التلميذ هو العمل الفنى الذى يشمله القانون بالحماية ، ولكان المؤلف الذى يحميه القانون هو التلميذ الذى نفذ الخطة ، لا الاستاذ الذى

ابتكرها . أما فى المصنفات الأدبية والعلمية ، فيعتد بالخطة حتى لو لم تقترن بالتنفيذ : فلو أن كاتبا رسم خطة مفصلة لمؤلف أدبى أو لقصة أو مسرحية ، وتحدث الى صديق له فى الخطة التى رسمها ، واستملاها منه الصديق واستوعبها كاملة ، لم يجز للصديق ، دون اذن الكاتب ، أن ينشر هذه الخطة ، اذ أن الخطة جزء من المصنف الأدبى يحميها القانون كما يحمى المصنف ذاته (١) .

ويترتب على ذلك أن التنفيذ فى المصنفات الفنية يجب أن يتم بيد الفنان نفسه ، وأن يكون عمله الشخصى هو العنصر الغالب فى هذا التنفيذ . أما اذا تم التنفيذ ميكانيكيا بواسطة آلات معدة لذلك ، دون أن يكون للعمل الشخصى تأثير ذو بال ، فان ما يتم نتيجة لهذا التنفيذ الميكانيكى لا يعتبر مصنفا فنيا مستحقا للحماية . فيتعين اذن التمييز بين التنفيذ الشخصى والتنفيذ الميكانيكى ، ويجب تبين ما اذا كان الدور لعبه الفنان فى التنفيذ دورا ايجابيا بحيث أن الآلة لم تكن فى يده الا لمجرد المساعدة وضبط العمل وعند ذلك يكون التنفيذ شخصيا ، أو أن الدور الذى لعبه الفنان فى التنفيذ لم يكن الا دورا سلبيا وأن الآلة هى التى قامت بالأعمال الأساسية التى يتكون منها التنفيذ وعند ذلك يكون التنفيذ ميكانيكيا لا يستحق الحماية . والبت فيما اذا كان التنفيذ شخصيا أو ميكانيكيا مسألة واقع ، على أن يسترشد قضاة الموضوع فى ذلك بمقاييس فنية صحيحة (٢) .

ويتبين من ذلك أن التنفيذ الميكانيكى لا ينتج عنه مصنف فنى يستحق الحماية . وهذا يدعو للنظر فى المصنفات الفوتوغرافية ، وهل

---

(١) ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ٤٢ — فقرة ٤٣ .

(٢) نقض فرنسى ١٦ مايو سنة ١٨٦٢ .Ann ٦٢ — ٣٥٠ — ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ٤٣ — فقرة ٤٤ .

هى مجرد تنفيذ ميكانيكى أو أن لعمل الفوتوغراف الشخصى تأثيرا فى التنفيذ بحيث يصبح المصنف الفوتوغراف مستحقا للحماية • ثم ان العبرة فى المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بالخطة كما قدمنا ، فاذا لم يكن للفنان خطة شخصية بل اقتصر على مجرد المحاكاة للطبيعة أو المحاكاة لمصنف فنى سابق ، فان التنفيذ الذى يقوم به بشخصه يكفى لصبغ العمل بطابع الابتكار واضفاء الشخصية ، فيكون هذا العمل مصنفا فنيا مستحقا للحماية •

فنبحث اذن فيما يلى المسائل الثلاث الآتية :

١ — المصنفات الفوتوغرافية •

٢ — المصنفات الفنية التى هى مجرد محاكاة للطبيعة •

٣ — المصنفات الفنية التى هى مجرد محاكاة لمصنفات سابقة •

١٨٠ — المصنفات الفوتوغرافية :

اختلف الرأى فيما اذا كانت المصنفات الفوتوغرافية — ويدخل فيها مايلتقط فوتوغرافيا من الكتابة وما يصدر من المخطوطات والكتب بواسطة الميكروفيلم — تعتبر مصنفات فنية تستحق الحماية ، أو هى مجرد تنفيذ ميكانيكى بواسطة آلة التصوير فلا تعتبر مصنفات فنية ولا تستحق الحماية •

فهناك رأى يذهب الى أن التنفيذ الميكانيكى فيها هو الغالب ، فلا تعتبر مصنفات فنية ، ولا تستحق الحماية التى تشمل حق المؤلف ، وانما تحمى عن طريق مبدأ المزاحمة غير المشروعة (١) •

وهناك رأى عكسى يذهب الى أن عمل الفوتوغراف الشخصى فيها

---

(١) اميان ٦ مارس سنة ١٩٠١ Dr. d'auteur ١٩٠١ — ١٤٥ — نانسى ١٤ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ٢٩٦ — تولوز ١٧ يولية سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢ — ٢ — ١٦١ •

هو الغالب ، فتعتبر مصنفات فنية تستحق الحماية التى تشمل حق المؤلف (١) .

وهناك رأى متوسط يذهب الى أنه يجب التمييز ما بين المصنف الفوتوغرافى الذى يحمل طابع المقدرة الفنية وحسن الذوق وطول المران فهذا هو الذى يعتبر مصنفا فنيا يستحق الحماية التى تشمل حق المؤلف ، وبين المصنف الفوتوغرافى الذى لا يحمل أثرا من ذلك وتغلب عليه الصنعة الميكانيكية فلا يعتبر مصنفا فنيا ولا يستحق الحماية (٢) . وتعتبر محكمة النقض الفرنسية أن هذه هى مسألة واقع لاتخضع لرقابة محكمة النقض (٣) .

على أن المصنف الفوتوغرافى ليس هو مجرد التقاط المنظر ، بل هويتناول أيضا ما يسبق ذلك من اختيار للمنظر والجانب الذى يصور منه والتحضير للعمل ، وما يتلو ذلك من اعداد للصورة والتهذيب الذى يجرى فيها . وكل هذه سلسلة من الأعمال لا تتجزأ من الناحية الفنية . ومن ثم يحمل المصنف الفوتوغرافى دائما طابعا شخصيا لصانعه ، فيستحق الحماية التى تشمل حق المؤلف . وعلى هذا جرى قانون حماية حق المؤلف فى مصر ، فقد رأينا أن المادة ٢ من هذا القانون تدرج المصنفات الفوتوغرافية بين المصنفات التى يحميها القانون ويجعل مدة حمايتها فى الأصل خمسين سنة بعد موت صانع المصنف ، شأن المصنف الفوتوغرافى ذلك شأن سائر المصنفات التى يحميها القانون . غير أن

---

(١) السين دائرة الجنح ٦ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ٩٧ — ١٤٧ — السين المدنية ٢٠ يناير سنة ١٨٦٩ واللوز ١٩٠٢ — ٢ — ٧٣ — ليموج دائرة الجنح ٩ يناير سنة ١٩١٤ ١٩١٩ — ٢ — ١٨ .

(٢) باريس ٢٩ ابريل سنة ١٨٦٤ Ann. ٦٤ — ٢٣٥ — ٦ مايو سنة ١٨٦٤ Ann. ٦٤ — ٢٣٢ — ٦ مايو سنة ١٨٩٧ Ann. ٩٧ — ١٤٨ — نانسى ١٤ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ٢٩٦ — اورليان ٤ فبراير سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ٣٣٦ .

(٣) نقض فرنسى جنائى ١٥ يناير سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٥ — ٥ — ٣١٧ .

المادة ٣/٢ من قانون حماية حق المؤلف تنص على ما يأتى : « على أن حقوق مؤلف المصنف الفوتوغرافى لا يترتب عليها منع الغير من التقاط صور جديدة للشىء المصور ، ولو أخذت هذه الصور الجديدة من ذات المكان وبصفة عامة فى ذاته الظروف التى أخذت فيها الصورة الأولى »(١) . وليس فى هذا النص ما ينتقص من حماية المصنف الفوتوغرافى ، فان الحماية انما تقتضى منع التقاط الصورة مباشرة من نفس المصنف الفوتوغرافى دون اذن من المؤلف ، ولكنها لا تمنع من التقاط صورة أخرى من ذات المكان ، ولو كان ذلك فى ذات الظروف التى أخذت فيها الصورة الأولى .

ولكن الذى ينقص من حماية المصنفات الفوتوغرافية ، وكذلك من حماية المصنفات السينمائية ، أن قانون حماية حق المؤلف استثنى من هذه المصنفات ما لا يكون مصطبغا بطابع انشائى وقد اقتصر فيه على نقل المناظر نقلا آليا ، فأنقص من مدة حمايته انقاصا كبيرا ، اذ جعل هذه المدة خمس عشرة سنة بدلا من خمسين ، وتبدأ من أول نشر للمصنف لا من وقت موت المؤلف . فنصت المادة ١/٢٠ من هذا القانون على ما يأتى : « على أنه بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى لا تكون مصطبغة بطابع انشائى واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، فتنقضى هذه الحقوق (حقوق الاستغلال المالى) بمضى خمسة عشر عاما تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف » .

١٨١ — المصنفات الفنية التى هى مجرد محاكاة للطبيعة :

وفى هذا الفرض يحاكى الفنان المنظر الطبيعى الذى يصوره محاكاة تامة ، فيصور مثلا مشهدا من مشاهد الطبيعة (paysage) ، أو صورة انسان (portrait) ، أو صورة حيوان . ويتوخى فى ذلك أن ينقل الصورة

---

(١) ويطابق نص المادة ٢/٣ من قانون حماية حق المؤلف المادة ٢/٣ من المشروع الجديد .

التي يرسمها كما هي دون أي تغيير ، فتخرج وهي تكاد أن تكون نسخة طبق الأصل من الشيء المصور ، وحتى ليتوهم الرائي أنها صورة فوتوغرافية .

وقد ذهب رأي الى أن هذه المحاكاة التامة تفقد المصنف الفني عنصر الابتكار والشخصية ، فلا يستحق الحماية (١) . ولكن الرأي الصحيح هو أن العبرة في المصنفات الفنية بالتنفيذ لا بالخطة كما قدمنا ، واذا كان عنصر الخطة غير قوي في مجرد المحاكاة لشيء سابق ، فان عنصر التنفيذ قائم قياما تاما ، ولعله أشد مشقة من التنفيذ الذي يقوم به المصور فيما لو تصرف وأطلق العنان لخياله . ولم ينقل الفنان المنظر الذي صوره نقلا ميكانيكيا ، بل رسمه بيده فأضفى عليه شخصيته وكان في هذا التنفيذ مبتكرا ، وهو أشد ابتكارا وأبرز شخصية كلما زادت المحاكاة . ومن ثم يكون له على مصنفه حق المؤلف ، ولا يجوز لأحد دون اذنه أن ينقل مباشرة الصورة التي رسمها ، وان جاز لأي شخص دون اذن أن يصور نفس المنظر عن الطبيعة نفسها . وعلى هذا الرأي الصحيح سار القضاء في فرنسا : قضاء محكمة النقض وقضاء المحاكم الأخرى (٢) .

ويترتب على أن للفنان حق المؤلف على المصنف الفني الذي حاكى فيه الطبيعة محاكاة تامة أنه لو نزل عن هذا الحق لناشر ، فانه لايجوز له بعد ذلك أن ينقل الصورة التي رسمها عن الصورة نفسها . ولكن يجوز له أن يصور مرة أخرى المشهد الطبيعي الذي سبق له تصويره ، لا عن

---

(١) باريس ١٧ فبراير سنة ١٩١٢ Ann. ١٩١٤ — ١ — ٢٨ — ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ Ann. ١٩٢٤ — ٩٧ — دويه ١٦ يونية سنة ١٩٣١ مجموعة دويه ١٩٣١ — ١ — ٢٧ .

(٢) نقض فرنسي جنائي ٢٩ ابريل سنة ١٩٣٢ داللوز الأسبوعي ١٩٣٢ — ٣٣٣ — باريس ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ — ٢ — ٦٤ — ٧ مارس سنة ١٩٠٢ جازيت دى تريبينو ١٩٠٢ — ٢ — ١٢ — السين ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٦ Ann. ١٩٠٦ — ١ — ١٩٧ — وانظر ديبوا في انسيكلوبيدى داللوز ٤ Bull. Prop. Lit. et Art. فقرة ٤٦ .

الصورة نفسها ، بل عن الطبيعة (١) . على أنه يجب عليه أن يحترز من الاخلال بالتزام الضمان ، فقد يكون فى تصويره مرة أخرى المشهد الطبيعى عن الطبيعة اخلال بالتزامه نحو الناشر ، الذى باع له حقه فى الصورة الأولى ، بضمان تمتع الناشر بالحق الذى اشتراه دون تعرض من جانب البائع (٢) .

١٨٢ — المصنفات الفنية التى هى مجرد محاكاة لمصنفات فنية سابقة :

فى هذا الفرض ينقل الفنان عن صورة سابقة بحيث يحاكيها محاكاة تامة . ويقع ذلك عادة عندما يشتهر مصنف شهرة عظيمة فى عالم الفن بأن يكون من صنع مصور من المصورين العالميين ، ويؤول هذا المصنف الفنى الى الملك العام بعد انقضاء مدة حمايته . فيعمد بعض الفنانين الى محاكاة هذا المصنف محاكاة تامة ، حتى ليصعب التمييز بين الأصل والنسخة التى أخذت عنه ، فيظهر الفنان بذلك مقدرته الفنية . وقد يكون المصنف الفنى المشهور لم يؤل بعد الى الملك العام ولم تنقض مدة حمايته ، فيجب فى هذه الحالة على الفنان الذى يريد محاكاته أن يستأذن فى ذلك صاحب هذا المصنف الفنى أو خلفاءه . والمفروض الآن أن الفنان قد نقل ، بعد الحصول على الاذن الواجب أو دون اذن اذا لم يكن الاذن واجبا ، للصورة المشهورة وحاكاها محاكاة تامة ، فهل يكون له على عمله ، وهو الصورة التى رسمها هو وحاكى بها الصورة المشهورة ، حق المؤلف ؟

هنا أيضا قد يقال ان الفنان لم يبتكر شيئا ، وقد اقتصر على أن ينقل نسخة طبق الأصل عن صورة موجودة من قبل ، بل انه هنا لم ينقل عن الطبيعة كما فعل فى الفرض السابق ، بل نقل عن صورة نقلها غيره عن الطبيعة أو نقلها عن خياله . ومن ثم لا يكون للفنان ، فى نظر من يقول بذلك ، حق المؤلف على عمله، ويجوز لغيره دون اذنه أن ينقل عن نفس

---

(١) باريس ٣ مايو سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٩ — ٢ — ١١ — دويه ١٣ مايو سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ٢ — ١٨٢ .

(٢) دبيوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٤٩ .

الصورة التي رسمها كما نقلها هو عن غيره • ولكن الرأى الصحيح ، فى هذا الفرض الثانى أيضا ، أن العبرة فى المصنف الفنى بالتنفيذ ، ومادام الفنان قد نقل بيده الصورة التي رسمها ، ولم ينقلها بطريقة ميكانيكية • فانه يكون قد بذل جهدا واضحا فى التنفيذ ، بل انه قد أظهر من الابتكار والمقدرة الفنية ما جعله يضفى شخصيته على العمل الذى قام به • ويزداد ابتكاره وطابعه الشخصى كلما كانت الصورة التي رسمها أكثر محـــاكاة للصورة الأصلية ، فاذا ما تعذر التمييز بين الصورتين فهنا يكون الفنان قد بلغ الأوج من الابتكار والمقدرة الفنية (١) • ومن ثم يكون للفنان حق المؤلف على عمله ، ولا يجوز لغيره دون أن يستأذنه أن ينقل صورته ، كما استأذن هو صاحب الصورة الأصلية التي نقل عنها اذا كان هذا لا يزال متمتعا بالحماية (٢) • ولكن يجوز لأى شخص أن ينقل عن الصـــورة الأصلية ، بعد استئذان صاحبها اذا كان لايزال متمتعا بالحماية ، أو دون استئذان اذا انقضت مدة الحماية وآلت الصورة الأصلية الى الملك العام •

وكما يجب استئذان صاحب المصنف الفنى الأصلى اذا كان لايزال متمتعا بالحماية فى محاكاة مصنفة ، كذلك يجب استئذانه فى تحويل مصنفه من لون من ألوان الفن الى لون آخر • ومن ثم يجب استئذان المهندس المعمارى الذى شيد بناء بتصميم من وضعه فى نقل صورة مطابقة للأصل لهذا البناء على أغطية علب الجبن (٣) ، واستئذان صاحب الصورة فى نقل صورة مطابقة لصورته على سجاد تنقش فيه الصورة باليد (٤) ، أو على مجموعة من الصينى أو من البرونز (٥) •

---

(١) دبيوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ٥٠ .

(٢) باريس ٣٠ يوليه سنة ١٨٨٨ .Ann ٨٩ — ١١٧ — السين أول ديسمبر سنة ١٩٠٣ جازيت دى تريبينو ١٩٠٤ — ٢ — ١٤٩ — بروكسل الابتدائية ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ Dr. d'auteur ١٩٠٤ — ٧١ .

(٣) بابيه (Bayeux) ٢ يوليه سنة ١٩٢٣ .Ann ١٩٢٣ — ٣٥٩ .

(٤) باريس ٢٠ ابريل سنة ١٨٤٣ Jur. Gén. cod No. 409 .

(٥) باريس ١٦ فبراير سنة ١٨٤٣ Jur. Gén. cod No. 409 .

المطلب الثالث

المصنفات الموسيقية

١٨٣ — أمثلة للمصنفات الموسيقية :

ذكرت الفقرة الأولى من المادة ٢ من قانون حماية المؤلف ، فى ايرادها لأنواع المصنفات الفنية ، ما يأتى :

١ — المصنفات الموسيقية ، سواء اقترنت بالألفاظ أو لم تقترن بها: وهذه عبارة عامة شاملة ، تتناول جميع المصنفات الموسيقية • فاذا اقترن المصنف الموسيقى بالألفاظ التى اقترنت بالعنصر الموسيقى وهو معتبر من المصنفات الأدبية • ولكن العنصر الموسيقى هو الغالب ، ومن ثم يجب اعتبار المصنف وحدة لاتتجزأ ويكون مصنفا موسيقيا •

٢ — المسرحيات الموسيقية : وهذه تشمل لونا خاصا من ألوان المصنفات الموسيقية ، أفردها القانون بالذكر تنويها بشأنها ، وتتناول المسرحيات الموسيقية الأوبرا والأوبرا كوميك والأوبريت والفودفيل اذا اقترنت بها الموسيقى وأية مسرحية أخرى تقترن بها الموسيقى ، وهنا يجب التمييز بين المسرحية ذاتها وهى مصنف أدبى له مؤلفه ، وبين الموسيقى التى اقترنت بالمسرحية وهى مصنف موسيقى وله مؤلف آخر واذا كانت الموسيقى تابعة للمسرحية ، الا أنها تنفرد بذاتية مستقلة بوصفها مصنفا موسيقيا ، ولصاحب الألحان الموسيقية حق المؤلف على ألحانه ، فلا يجوز لأحد دون اذنه أن ينقل ألحانه ، سواء صحبها بالمسرحية التى اقترنت بها أو نقلها مستقلة عن هذه المسرحية • وقد نصت المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف على أنه « اذا كان اشتراك كل من المؤلفين يندرج تحت نوع مختلف من الفن ، فلكل منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة ، بشرط الا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك »(١) •

---

(١) وانظر ايضا المادة ٢٩ من قانون حماية حق المؤلف فى شأن =

ويمكن أن يضاف الى ما تقدم الأمثلة الآتية :

٣ — المصنفات التى تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى والاستعراضات المصحوبة بالموسيقى • ويتناول ذلك الرقص بأنواعه المختلفة والتمثيل والاستعراضات المسرحية والألعاب الرياضية اذا صحبتها الموسيقى ، وهنا يغلب عنصر الحركة على عنصر الموسيقى (١) •

٤ — المصنف السينمائى ، وتصحبه عادة الموسيقى ، ويعتبر واضع الموسيقى ، اذا قام بوضعها خصيصا للمصنف السينمائى ، شريكا فى هذا المصنف (م ٣١ من قانون حماية حق المؤلف) (٢) •

١٨٤ — الفرق ما بين المصنفات الموسيقية وبين المصنفات الأدبية والمصنفات الفنية :

يختلف المصنف الموسيقى عن المصنف الأدبى فى أن الموسيقى تخاطب الاحساس والشعور ، فى حين أن التصنيف الأدبى يخاطب العقل والتفكير • فالفكرة فى التصنيف الأدبى تسبق الخطة ، وتسبق من باب أولى التعبير ، وهى غير قابلة لأن يترتب عليها حق المؤلف اذ هى حق مشاع للجميع • أما الميلودى (اللحن) فى الموسيقى ، ويقابل الفكرة فى التصنيف الأدبى ، فيحمل الطابع الشخصى للمؤلف ، ومن ثم يكون قابلا لأن تترتب عليه حقوق التأليف •

ويختلف المصنف الموسيقى عن المصنف الفنى فى أن الموسيقى تستلهم الخيال فى داخل النفس فيتجسم الخيال فى اللحن الموسيقى (الميلودى)، ومن ثم يكون الميلودى قابلا لأن تترتب عليه حقوق المؤلف •

= مصنفات الموسيقى الغنائية حيث يتغلب عنصر الموسيقى على عنصر الكلام ، وسيأتى تفصيل القول فى ذلك (انظر ما يلى فقرة ١٩٨) •

(١) انظر المادة ٣٠ من قانون حماية المؤلف ، وانظر فى صدد هذه المادة ما يلى فقرة ١٩٩ •

(٢) وانظر فيما يتعلق بالمصنف السينمائى والمصنف المعد للاذاعة بالراديو أو بالتلفزيون ما يلى فقرة ٢٠٠ •

أما الفن فيستلهم المرئيات فى العالم الخارجى ، ومادام باقيا فى دور الاستلهام فليس له قوام ذاتى تمكن حمايته • ولا يحمى الا اذا دخل دور التنفيذ أى التعبير : وقد رأينا أن المصنف الموسيقى يحمى حتى قبل أن يؤدى ، وهو لا يزال نوتا (notes) موسيقية • على أن المصنف الموسيقى لا ينتهى الى غايته الا وهو فى دور الحـركة أى بعد أن يدخل فى دور التأدية والسماع ، فى حين أن المصنف الفنى ينتهى الى غايته وهو باقى فى دور السكون ولا يبرح هذا الدور حتى تنفيذه •

١٨٥ — عناصر المصنف الموسيقى :

ويشتمل الموسيقى على عناصر ثلاثة ١ — اللحن الموسيقى (الميلودى mélodie) • ٢ — التوافق الموسيقى (الهارمونى harmonie) • ٣ — الايقاع الموسيقى أو الضرب الموسيقى أو الوزن الموسيقى (الريتم rythme) •

أما اللحن الموسيقى (الميلودى) فهو سلسلة من الأنغام (الأصوات الموسيقية) المتوالية ، تكون أساسا للمصنف الموسيقى • ويكون قابلا لأن تترتب عليه حقوق المؤلف ، مستقلا عن العنصرين الآخرين •

وأما التوافق الموسيقى (الهارمونى) فينتج من اصدار أنغام مختلفة فى آن واحد ، مع مراعاة الانسجام الموسيقى فيما بينها • وليس للتوافق الموسيقى قوام ذاتى ، وانما هو يصحب اللحن الموسيقى ويقترن به ، اذ هو انسجام ما بين الآنغام المختلفة طبقا لقواعد موسيقية معروفة ، ومن ثم لا يكون قابلا لأن تترتب عليه حقوق المؤلف ، الا اذا صحب اللحـن الموسـيقى •

وأما الايقاع الموسيقى (الريتم) فهو الأبعاد الزمنية ما بين الأنغام المختلفة المتوالية ، أو الأبعاد الزمنية ما بين نغم واحد يتكرر ، أو الاختلاف فى الضغط على النوت الموسيقية بعضها بالنسبة الى بعض • ولايكـون قابلا بذاته لأن تترتب عليه حقوق المؤلف ، ولكنه يكون قابلا لذلك — كما هو شأن التوافق الموسيقى — اذا صحب اللحن الموسيقى واقترن به •

١٨٦ — المصنفات الموسيقية المشتقة من مصنفات سابقة :

ويقع فى المصنفات الموسيقية ، كما رأينا فى المصنفات الأدبية والفنية ، أن يشتق مصنف من مصنف آخر سابق عليه ، والقاعدة واحدة فى جميع هذه الأحوال ، فان مؤلف المصنف المشتق يجب عليه أن يستأذن مؤلف المصنف الأصلى أو خلفاءه اذا كان هذا المصنف لا تزال تشمله الحماية ولم يؤل الى الملك العام ، فان للمصنف الأصلى حقا أعلى (droit éminennt) على المصنف المشتق ، ولا حاجة لاستئذان أحد اذا كان المصنف الأصلى قد انقضت مدة حمايته وآل الى الملك العام . فاذا اشتق مؤلف مصنفا موسيقيا من مصنف موسيقى سابق . فانه له حقوق المؤلف على المصنف المشتق ، ولايجوز لأحد بغير اذنه أو اذن خلفائه أن ينقل المصنف المشتق أو يحوله مادامت مدة حمايته باقية .

واشتقاق مصنف موسيقى من مصنف موسيقى سابق يكون عادة بأحد طريقين : طريق التحويل (arrangement) ، وطريق التنويع (variation) . أما طريق المحاكاة (imitation) ، وهو أن يبارى مؤلف موسيقى مؤلفا موسيقيا آخر فيأتى بمصنف يضاهى مصنفه ويسمو الى مرتبته ، فليس بطريق اشتقاق ، ويعتبر المصنف اللاحق مصنفا أصليا لا مشتقا ، شأنه فى ذلك شأن المصنف السابق . ويترتب على ذلك أن صاحب المصنف اللاحق لا يتعين عليه استئذان صاحب المصنف السابق حتى لوكانت مدة حماية هذا المصنف الأخير لم تنقض ، فان المصنف اللاحق مصنف أصلى غير مشتق من المصنف السابق . ويبقى الآن أن نقول كلمة موجزة فى كل من طريق الاشتقاق السابق الاشارة اليهما ، وهما التحويل والتنويع .

أما التحويل فيتحقق بنقل مصنف موسيقى من الصلاحية لآلة موسيقية معينة (البيانو مثلا) الى الصلاحية لآلة موسيقية أخرى (الكمنجة مثلا) . وهذا أقرب ما يكون الى الترجمة فى المصنفات الأدبية والعلمية . اذ أن المؤلف يترجم مصنفا موسيقيا من لغة آلة موسيقية الى لغة آلة موسيقية أخرى . ولا يعتبر نقل المصنف الموسيقى من مفتاح الى مفتاح آخر تحويلا ، اذ أن هذا النقل انما يقتضى مهارة تكنولوجية لا مهارة

فنية ، أما التحويل فيقتضى مهارة فنية وينطوى على قدر من الابتكـار والشخصية يجعل المصنف المحول جديرا بالحماية .

وأما التنويع بمقتضى مهارة فنية أكبر وينطوى على أعلى من الابتكار والشخصية ، فان المؤلف الموسيقى فى حالة التنويع لايلتزم مصنفا موسيقيا واحدا فيترجمه من لغة آلة موسيقية الى لغة آلة موسيقية أخرى ، بل هو يقتبس مصنفه المتنوع من مصنف أو مصنفات موسيقية متعددة يجمع بينها ، ويؤلف منها ومن عمله هو نفسه مصنفا يحمل طابع شخصيته وأثر ابتكاره . ومن ثم يكون المصنف المتنوع جديرا بالحماية ، بل هو أولـى بالحماية من المصنف المحول .

المبحث الثـانى

المؤلـف

١٨٧ ـ القاعدة العامة :

تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة الأولى منقانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : «ويعتبر مؤلفا الشخص الذى نشر المصنف منسوبا اليه ، سواء كان ذلك يذكر اسمه على المصنف أو بأى طريقة أخرى، الا اذا قام الدليل على عكس ذلك. ويسرى هذا الحكم على الاسم المستعار ، بشرط ألا يقوم أدنى شك فى حقيقة شخصية المؤلف » ، وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون فى صدد هذا النص : « وقد عرفت هذه المادة المؤلف بأنـه الشخص الذى ينشر المصنف منسوبا اليه بأية طريقة من الطرق المتبعـة فى نسبة المصنفات لمؤلفيها ، سواء كان ذلك بذكر اسم المؤلف عليه أو بذكر اسم مستعار أو علامة خاصة لا تدع مجالا للشك فى التعرف على شخصية المؤلف ، وهذه القرينة غير قاطعة فهى تقبل الدليل العكسى » (١) .

والقاعدة العامة فى هذا الصدد أنه لما كان المصنف هو ابتكار الذهن كما قدمنا ، فالمؤلف بداهة هو المبتكر ، ولم يعن النص سالف الذكر بذكر هذه القاعدة صراحة لبداهتها ، وانما عنى بأن يذكر كيف يقام الدليل على ذاتية هذا المبتكر ، فالأصل أن المصنف ينشر عادة منسوبا الى شخص معين ، فيذكر اسم هذا الشخص ، فى غلاف المصنف وفى الصفحة الأولى من صفحاته وهى الصفحة التى تحمل العنوان ، على أنه هو المؤلف ، وهذه قرينة قانونية على أن الشخص الذى ذكر اسمه هو المؤلف حقيقة ، وعلى

---

(١) ويقابل النص فى المشروع الجديد الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا المشروع ، وتجرى على النحو الآتى : « ويعتبر مؤلفا الشخص الطبيعى او الاعتبارى الذى نشر المصنف منسوبا اليه ، سواء كان ذلك بذكر اسمه الحقيقى او اسم مستعار على المصنف او بأية طريقة اخرى ، الا اذا ثبت عكس ذلك » . ولا فرق فى الأحكام ما بين نص القانون القائم ونص المشروع الجـــــديد .

من يدعى أن هذا غير صحيح وأنه هو ، لا الشخص الذى ذكر اسمه ، المؤلف الحقيقى أن يقيم الدليل على ذلك ، وله أن يقيم الدليل بجميع طـــرق الاثبات ، لأنه انما يثبت واقعة مادية ، وقد يكتفى المؤلف بوضع علامة على مصنفه ، فاذا وقع نزاع فعليه أن يثبت بجميع الطرق أن هذه العلامة خاصة به وأنها لاتدع مجالا للشك فى التعرف على شخصيته • وقد يضع المؤلف على مصنفه اسما مستعارا ، أو ينشره غفلا من اسم المؤلف بتاتا، فيكون على المؤلف عند النزاع اقامة الدليل بجميع الطرق على أن الاسم المستعار هو له بحيث لا يقوم أدنى شك فى حقيقة شخصية المؤلف ، أو أنه هو الذى ألف المصنف فى حالة نشره غفلا من اسم المؤلف ، وسنعود الى هذه الحالة ببيان أوفى فيما يلى (١) • ويتبين من ذلك أن نسبة المصنف الى شخص ، سواء بذكر اسمه على المصنف أو بذكر اسم مستعار أو بأية طريقة أخرى • انما هى قرينة قانونية غير قاطعة ، فهى تقبل دائما اثبات العكس • ويكون الاثبات بجميع الطرق لأنه ينصب على واقعـــة مـــادية •

ولما كان المصنف انما هو نتاج الفكر • فانه يترتب على ذلك النتيجتان الآتيتان :

أولا — أنه لا يجوز للمؤلف أن ينزل للغير عن صفته كمؤلف ، فهو المؤلف حتما لأن المصنف هو نتاج فكرة ، كالاب لا يستطيع أن ينزل عن أبوته ، وكل ما يستطيع المؤلف أن ينزل عنه للغير ، ليس هو صفة المؤلف ولا الحق الأدبى الملتصق بهذه الصفة • ولكن حق الاستغلال المالى الذى يثبت له باعتباره مؤلفا على النحو الذى سنفصله فيما يأتى •

ثانيا — لايجوز فى الأصل أن يكون المؤلف شخصا معنويا • فالمصنف نتاج الفكر كما قدمنا ، والشخص المعنوى غير قادر على التفكير ، والذين يفكرون هم أشخاص طبيعيون تابعون للشخص المعنوى ، فيجب أن

---

(١) انظر فقرة ١٩٢ — فقرة ١٩٤ .

يكونوا هم المؤلفين وليس الشخص المعنوى ، ومع ذلك فان قانون حماية حق المؤلف يصرح بأن المؤلف قد يكون شخصا معنويا ، وقد أشار الى ذلك عندما نص فى الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ منه على ما يأتى : « وتحسب هذه المدة (مدة الحماية) من تاريخ النشر اذا كان صاحب الحق شخصا معنويا عاما أو خاصا (١) » ، وكان الواجب أن تكون الحماية للشخص الطبيعى الذى ألف المصنف بتوجيه الشخص المعنوى ، وأن تكون مدة الحماية خمسين سنة لا من وقت نشر المصنف كما جاء فى النص ، بل من وقت موت الشخص الطبيعى الذى ألف المصنف ، وسنعود الى هذه المسألة فى مناسبات مختلفة .

١٨٨ — حالات خاصة :

والى جانب هذه القاعدة العامة ، توجد حالات خاصة فى حاجة الى شىء من التفصيل . وهذه الحالات ، التى سنتناولها فيما يلى ، هى :

١ — المصنفات التى يكلف مؤلفوها بوضعها .

٢ — المصنفات التى تحمل اسما مستعارا أو التى لا تحمل أى اسم .

٣ — المصنفات التى يتعدد فيها المؤلف .

المطلب الأول

المصنفات التى يكلف مؤلفها بوضعها

١٨٩ — فرضان :

يكلف المؤلف بوضع مصنف اما بتكليف خاص بموجب عقد مقاولة ، أو بتكليف عام بأن يكون المؤلف فى خدمة رب العمل يؤجره على وضع

---

(١) انظر أيضا المادة ٢٧ من نفس القانون فى المصنف الجماعى (انظر ما يلى فقرة ١٩٥) — وقد صرح بذلك أيضا المشروع الجديد عندما نص ، كما رأينا ، فى الفقرة الثانية من المادة الأولى على ما يأتى : « ويعتبر مؤلفا الشخص الطبيعى أو الاعتبارى .. » .

المصنفات بموجب عقد عمل • وفى الفرضين يبقى للمؤلف صفته هـــذه لا تنتقل منه الى رب العمل ، كما يبقى له حقه الأدبى على مصنفه اذ أن هذا الحق لصيق بشخصه ، وكل مايكون محلا للنظر هو ما اذا كان المؤلف قد نزل لرب العمل عن حقه المالى فى استغلال المصنف بموجب عقـــد المقاولة أو عقد العمل •

ونبحث كلا من الفرضين •

١٩٠ — الفرض الأول — عقد المقاولة :

نفرض أن شخصا قاول أحد المؤلفين على أن يقوم هـذا الأخير بوضع مصنف معين : كتاب فى التاريخ أو فى الطبيعة أو رسم صورة أو عمل تمثال أو تأليف لحن موسيقى أو وضع أغنية أو كتابة مسرحية • ففى هذا الفرض يحدد عقد المقـاولة حقوق كل من الطرفين ، المؤلف ورب العمل • ويستوى أن يكون رب العمل شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا ، والشخص المعنوى قد يكون شخصا معنويا عاما كالدولة ممثلة فى وزارة التربية والتعليم مثلا ، أو شخصا معنويا خاصا كجمعية للفنون الجميلة أو جمعية للتمثيل المسرحى أو شركة لبيع التماثيل أو الأغـانى أو الألحان الموسيقية •

وهناك حدود لا يجوز أن يتخطاها عقد المقاولة • فالمؤلف لا يجوز لـه ، بعقد المقاولة ، أن ينزل لرب العمل عن صفته كمؤلف ، فلا يمكن أن يصبح رب العمل هو المؤلف للمصنف محل المقاولة ، بل تبقى للمؤلف صفته بالرغم من أى اتفاق على خلاف ذلك • كذلك لا يجوز للمؤلف ، بعقد المقاولة ، أن ينزل عن حقه الأدبى كمؤلف ، فهـذا حـق لصـيق بشخصه غير قابل للتصرف فيه ، ويبقى المؤلف يمارس هذا الحق ولو وجد اتفاق فى عقد المقاولة على غير ذلـك •

والذى يمكن الاتفاق عليه فى عقد المقاولة هو ما يتعلق بحق المؤلف المالى فى استغلال مصنفه • فقد ينزل المؤلف عن هذا الحق لرب العمل بموجب عقد المقاولة ، فيصبح رب العمل هو صاحب الحق فى استغلال

المصنف ماليا طوال مدة الحماية ، اى طول حياة المؤلف وخمسين سنة بعد موته • ومن هنا نرى أن رب العمل ، اذا كان شخصا معنويا عاما أو خاصا ، لا يستطيع أن يكون هو المؤلف للمصنف الذى أوصى بوضعه، وكل ما يكون له من حق هو أن يستغل ماليا هذا المصنف الى خمسين سنة بعد موت المؤلف ، لا الى خمسين سنة من وقت نشر المصنف (قارن م ٢٠/٣ من قانون حماية حق المؤلف) • وقد يقتصر المؤلف على أن ينزل لرب العمل ، بموجب عقد المقاولة ، عن حق الاستغلال المالى لمدة معينة ، عشر سنوات مثلا أو عشرين سنة • وقد لا ينزل المؤلف عن حقه المالى الا بالنسبة الى طبعة واحدة أو عدد معين من الطبعات ، أو عن عدد معين من النسخ مع الاحتفاظ بحقه فى طبع نسخ أخرى • وهكذا تتنوع صور الاتفاق ما بين المؤلف ورب العمل بموجب عقد المقاولة ، ولكن كل هذه الصور انما تتناول حق المؤلف فى استغلال مصنفه استغلالا ماليا ، ولا تجاوز ذلك الى صفته كمؤلف ولا الى حقه الأدبى على مصنفه •

١٩١ — الفرض الثانى — عقد العمل :

وهنا نفرض أن شخصا صناعته التأليف استخدمه رب العمل بموجب عقد عمل ، فظل فى خدمته يضع المصنفات التى يوصى بها رب العمل ، فى مقابل أجر يحدد طبقا للطرق التى يحدد بها الأجر فى عقد العمل • مثل ذلك عقود العمل التى تبرمها الصحف والمجلات مع محرريها ، على أن يقوم هؤلاء بتحرير الصحيفة أو المجلة فى نظير أجر شهرى ، أو فى نظير أجر عن كل مقال يحرره المؤلف •

وهنا أيضا فى هذا الفرض ، كما فى فرض عقد المقاولة ، لا يجوز للمؤلف بموجب عقد العمل أن ينزل عن صفته كمؤلف ، ولا أن ينزل عن حقه الأدبى على مصنفه • ولا يجوز أن يصبح رب العمل — شخصا طبيعيا كان أو شخصا معنويا عاما كالدولة أو خاصا كالجمعية والشركة — هو المؤلف بموجب عقد العمل ، ولا أن يكون له حق أدبى على

المصنف • ولكن المؤلف يكون بموجب عقد العمل قد تصرف فى حقه المالى فى استغلال مصنفه ، فلا ينشر هذا المصنف مثلا الا فى الصحيفة أو المجلة التى تعاقد معها (١) • وقد يحتفظ المؤلف بحقه فى جمع مصنفاته التى نشرها باسمه رب العمل فى مصنف شامل ، ويكون له فى هذه الحالة حق استغلال هذا المصنف ماليا • ويتحدد بوجه عام حقوق المؤلف المالية على مصنفاته بحسب ما ورد من الشروط فى عقد العمل •

وقد يوفق المؤلف ، فى أثناء خدمته لرب العمل وبسبب هذه الخدمة ، الى وضع مصنف لم يتعاقد عليه بالذات مع رب العمل • فيستبقى المؤلف فى هذه الحالة على المصنف الحق الأدبى والحق المالى جميعا ، ويكون له وحده حق استغلال المصنف أو النزول عن استغلاله لمن يشاء • وذلك ما لم يرد شرط فى عقد العمل يقضى بغيره • وقد

---

(١) وقد تكون الدولة أو شخص عام هو رب العمل ، وهو الذى يكون له حق الاستغلال المالى للمصنف . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا الصدد بأنه ليس هناك ما يمنع الدولة من أن تملك املاكا ادبية كما تملك أملاكا مادية ، وان كان يبدو لأول وهلة انه أن صح للدولة أن تملك املاكا مادية فانه لا يصح لها أن تملك أملاكا ادبية وأن تستغلها تجاريا ، اذ لا يصح الاتجار بالثقافة العامة ونشرها من أول واجبات الدولة . فانه يجب أن يلاحظ من جهة أخرى أن استغلال الدولة للأملاك الادبية كاستغلالها للأملاك المادية ما هو الا للمصلحة العامة ، لأن ما تكسبه الحكومة من مال من ذلك يؤول بمجرد أيلولته اليها الى خزانة الدولة العامة التى لا تصرف الا فى الشئون العامة وفى سبيل المصلحة العامة .. فان اجهدت الدولة نفسها بوساطة موظفيها الذين يأخذون مرتباتهم العامة فى تأليف كتاب جديد او تصحيح كتاب قديم ، وزادت فيه وعلقت عليه من مصادر أخرى ، ورتبته ووضعت مقدمة وفهرسا له ، فان كل ذلك يعتبر ملكية ادبية لا يصح معها لفرد أن يستغل هذا المجهود استغلالا تجاريا لنفسه خاصة بدون أى مقابل من جهته (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣١ ص ٦٦٧ : وهى قضية نشر كتاب القرطبى — وكانت محكمة مصر الكلية فى ٧ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٣ ص ٨٨ ، قد قضت بأنه مع التسليم جدلا بأيلولة مثل هذه المؤلفات الى وزارة المعارف ، فانها متى آلت للدولة وطبعتها تسقط حالا فى الملك العام ، ويكون لكل انسان حق اعادة طبعها ، لأن المؤلفات التى تنشرها الدولة تدل بطبيعتها على انها وضعت لخدمة الجمهور) •

ورد فى التقنين المدنى نص خاص بما يوفق اليه العامل من اختراعات جديدة فى أثناء خدمته لرب العمل ، يمكن تطبيقه أيضا على ما يضعه المؤلف من مصنفات • فقد نصت المادة ٦٨٨ مدنى على أنه « ١ — اذا وفق العامل الى اختراع جديد فى أثناء خدمة رب العمل ، فلا يكون لهذا أى حق فى ذلك الاختراع ، ولو كان العامل قد استنبطه بمناسبة ما قام به من أعمال فى خدمة رب العمل • ٢ — على أن ما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل ، اذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه افراغ جهده فى الابتداع ، أو اذا كان رب العمل قد اشترط فى العقد صراحة بأن يكون له الحق فيما يهتدى اليه من المخترعات • ٣ — واذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية ، جاز للعامل فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقا لمقتضيات العدالة • ويراعى فى تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها رب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشآته » •

وهناك مصنفات يقوم بها موظفو الدولة بحكم وظائفهم ، كمشروعات القوانين والقرارات واللوائح ، وكالأحكام القضائية ، وكالتقارير الاقتصادية والمالية والعلمية والتعليمية والاحصاءات وما الى ذلك من الوثائق الرسمية • فهذه كلها تقع فى الملك العام ، ولا يكون لا للدولة ولا لمن وضعوها ولا لأى أحد آخر حق المؤلف عليها ، اذ يراد بهذه الوثائق الرسمية أن يكون فى متناول كل فرد ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك (١) • ويلاحظ مع ذلك أن بعض هذه الوثائق قد تكون سرية ، فلا يجوز لأحد نشرها ، وقد يقتضى الأمر الاستئذان فى نشر بعضها من الجهة الحكومية المختصة ، كما يلاحظ أن المجموعات المنسقة تنسيقا مبتكرا يثبت عليها حق المؤلف لمن قام بجمعها وقد تقدم بيان ذلك (٢)•

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٧٤ •
(٢) انظر آنفا فقرة ١٧٤ •

المطلب الثـــانى

المصنفات التى تحمل اسما مستعارا أو لا تحمل أى اسم

١٩٢ — استبقاء المؤلف لصفته ولحقوقه :

قدمنا أن الفقرة الثـــالثة من المادة الأولى من قانون حمـــاية حق المؤلف تقضى بأن المصنف الذى يحمل اسما مستعارا أو ينشر غفلا من اسم المؤلف يبقى منسوبا الى مؤلفه الحقيقى ، ويحتفظ هـــذا بصفته وبجميع حقوقه الأدبية والمالية على مصنفه (١) ، وان كان ذلـك يبقى مستورا ولا ينفذ الا فيما بينه وبين من فوض له مباشرة حقوقه ، الى أن يكشف المؤلف الحقيقى عن شخصيته فعند ذلك يباشر حقوقه بنفسه • والمؤلف يعمد الى نشر مصنفه تحت اسم مستعار أو غفـــلا من اســـمه لأسباب مختلفة ترجع الى محض تقديره ، فقد يرى ابقاء اسمه مستورا لتتاح له الفرصة فى تقدير أثر مصنفه فى نفوس الجماهير ، وقد يفعل ذلك مراعاة لمصلحة الغير ، وقـــد يســـير فى ذلك على نهـــج ألفه كبار الكتاب من نشر مصنفاتهم تحت اسم مستعار • والمهم أن ستر اسمه لا يحرمه من صفته ولا من حقوقه ، ولكن ما دام اسمه مســـتورا فانه يخضع لأحكام خاصة يقتضيها هذا الستر ، حتى اذا أعلن عن شخصيته خضع للأحكام العامة • فيجب اذن أن نميز بين عهدين : العهد الذى يبقى فيه اسمه مستورا ، والعهد الذى يكشف فيه عن شخصيته •

١٩٣ — العهد الأول — المؤلف اسمه مستور :

تنص المـــادة ٢٨ من قانون حماية حـــق المؤلف علـــى أنه « فى المصنفات التى تحمل اسما مستعارا أو التى لا تحمل اسم المؤلف ، يعتبر أن الناشر لها قد فوض من المؤلف فى مباشرة الحقوق المقررة فى هـــذا القانون ، مالم ينصب المؤلف وكيـــلا آخـــر أو يعلن شخصيته ويثبت

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٨٧ •

صفته » (١) . ويخلص من هذا النص أنه ما دام اسم المؤلف مستورا ، فلابد من شخص ظاهر يباشر حقوق المؤلف الأدبية والمالية ، وهـــذه ضرورة تقتضيها طبائع الأشياء . وهذا الشخص الظاهر لابـــد أن يكون مفوضا من المؤلف نفسه فى مباشرة حقـــوقه ، اذ بدون تفويض لا يكون للشخص الظاهر صفة فى مباشرة هذه الحقوق . ويضـــع النص ســـالف الذكر قرينة قانونية تيسيرا للتعامل ، وهـــذه القرينة تقضى بأن ناشر المصنف يعتبر هـــو الشخص الظاهر الذى فوض لـــــه المؤلف مباشرة حقوقه . ولكن هذا الحكم غير مفروض على المؤلف ، فله أن يفـــوض شخصا آخر غير الناشر فى مباشرة حقوقه ويبقى الناشر مجرد ناشر ، أما الذى يباشر حقوق المؤلف فهو الشخص الذى فوضه المؤلف فى ذلك .

وسواء كان الشخص الظاهر هو الناشر أو غيره ، فان له أن يباشر حقوق المؤلف الأدبية والمالية . يباشر حقوقه الأدبية كأن يطالب بمنع أى اعتداء على المصنف ، ويجب أن يلتزم فى ذلك التوجيهات التى تصـــدر لـــــه من المؤلف . ويباشر حقوق المؤلف المالية ، كأن يتعاقد على نشر المصنف اذا لم يكن قد نشر ، ويتعامل مع الناشر اذا لم يكن هو نفسه الناشر ، ويبيع نسخ المصنف ويقبض الثمن ، ويعيد نشر المصنف الا اذا منعه المؤلف من ذلك ، ويأذن للغير فى تحويل المصنف أو فى تلخيصه أو فى ترجمته ، وبالجملة يباشر جميع حقوق المؤلف فى الاســـتغلال المـــالى الا ما منعه منه المؤلف . ويجب عليه ، ككل وكيل مفوض ، أن يقـــدم

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية فى خصوص هذا النص ما يأتى : « والمصنفات التى تنشر غفلا من اسم المؤلف او باسم مستعار تعتبر ملكـــا للناشر ، وأساس هذا الحكم قرينة مفترضة فى أن المؤلف قـــد فوض الناشر فى مباشرة حقوق استغلاله وذلك الى ان يكشـــف المؤلف من شخصيته . ولا شك ان فى هذا الحكم تيسيرا للمؤلف فى مباشرة حقـــوقه اذا ما رغب عدم الاعلان عن شخصه ، وحرص على ان يظل امره مجهولا » .

ويقابل هـــذا النص نص المـــادة ٢٨ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان .

حساباً عن كل ذلك الى موكله ، فيؤدى لـــه المبالغ التى قبضها ، وينقل له الحقوق التى كسبها ، ويعوضه عن الخسارة التى جشمها له بخطاه .

ويستثنى من ذلك الأمور الثلاثة الآتية :

١ — ليس له أن يسحب المصنف الا أن يفوضه المؤلف فى ذلـــك تفويضا خاصا ، فان سحب المصنف من حقـــوق المؤلف الأدبية الموكولة الى محض تقديره الشخصى .

٢ — وليس له أن يضـــع حدا لستر اسم المؤلف ، بأن يتنحى عن التفويض كاشفا اسم المؤلف الحقيقى ، الا اذا أذنه المؤلف فى ذلـــك ، فان هذا أمر هو أيضا موكول لمحض تقدير المؤلف الشخصى ، فلا يجوز للشخص الظاهر أن يباشره دون اذنه . ومـــع ذلـــك يستطيع الشخص الظاهر أن يتنحى عن التفويض فى الحدود التى يستطيع فيها الوكيل أن يتنحى عن الوكالة ، ويكون ذلك بارادته وحده دون حاجة الى الحصـــول على رضاء المؤلف ، ولكنه يبقى ســـاترا لاســـم المؤلف لا يكشف عنه . وللمؤلف بعد ذلك أن يختار بين الكشف عن شخصيته أو تفويض شخص ظاهر آخر يحل محل الشخص الظاهر الذى تنحى .

٣ — كان مقتضى أن يعتبر الشخص الظاهر هـــو المؤلف يبـــاشر حقوقه ، أن مدة الحماية تقاس على حياة الشخص الظاهر لا على حياة المؤلف مادام أسمه مستورا ، ولكن القانون لم يسر الى هـــذا الحـــد فى اعتبار الشخص الظاهر هو المؤلف ، اذا نصت المادة ٢١ من قانون حماية حق المؤلف على أن « تبدأ مـــدة الحماية المبينة فى الفقـــرة الأولى من المادة السابقة بالنسبة للمصنفات التى تنشر غفـــلا من اســـم المؤلف أو باسم مستعار من تاريخ نشرها ، ما لـــم يكشف المؤلف عـــن شخصيته خلالها فتبدأ مدة الحماية من تاريخ الوفاة » . وفى هذا الحكم وقاية من عدم استقرار مدة الحماية ، فلو حسبنا المدة من تاريخ موت الشخص الظاهر فمن المحتمل أن يحل محل الشخص الظاهر شخص ظاهر غيره كما رأينا ، فتتغير مدة الحماية اذ تبدأ من تاريخ موت الشخص الظاهر

الثاني ثم الثالث وهكذا • ولكن بفضل الحكم الوارد فى المادة ٢١ سالفة الذكر تستقر مدة الحماية ، فهى تبـــدأ من تاريخ نشر المصنف وتبقى سارية من هذا التاريخ مادام اسم المؤلف الحقيقى مســتورا ولو تغير الشخص الظاهر • ولا تتغير مدة الحماية الا فى حالة واحــــدة هى اذا كشف المؤلف الحقيقى عن شخصيته ، فعند ذلك تبدأ مدة الحماية من تاريخ مــوته •

١٩٤ — العهد الثانى — المؤلف كشف عن شخصيته :

والمؤلف حر فى أن يكشف عن شخصيته فى أى وقت شــاء . فان هذا الأمر موكول الى محض تقــديره الشخصى كما قدمنــا • فاذا مات دون أن يكشف عن شــخصيته ، لم يجز لورثته من بعده أن يتولوا هم من تلقاء أنفســهم الكشف عن شخصيته ما لم يكن قد أذن لهم فى ذلك قبل موته (١) • فان لم يكن قد اذن فى ذلك ، وجب بقاء اسمه مستورا ، ويقدم الشخص الظاهر الحساب للورثة الذين حلوا محل المؤلف ، وتنتهى مدة الحماية بانقضاء خمسين سنة من وقت نشر المصنف كمــا ســبق القول • وان كان المؤلف قد أذن لورثته فى الكشف عن شخصيته بعــد موته ، وجب عليهم الكشف عن هذه الشخصية ، فيختفى عندئذ الشخص الظاهر ويتولى الورثة حقــوق المؤلف بأنفسهم مباشرة دون وسيط ، مــع التزامهم باحترام حقــوق الغيــر الذين تعاملوا مــع الشخص الظاهر ، ولا تنتهى مدة الحماية الا بانقضاء خمسين سنة من وقت موت المؤلف ، لا من وقت نشر المصنف •

ونفرض الآن أن المؤلف قد كشف عن شخصيته فى حال حيــاته ، فعند ذلك يختفى الشخص الظاهر ويصبح المؤلف الحقيقى معــروفا ، فيتولى مباشرة جميع حقوقه الأدبية والمالية بنفسه ، ويجب عليه مــع ذلك أن يحترم حقوق الغير الذين تعاملوا مع الشخص الظاهر قبل أن

---

(١) ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١١٣ .

يكشف عن شخصيته • ولا تنتهى مدة الحماية الا بانقضاء خمسين سنة من وقت موته ، وكانت قبل أن يكشف عن شخصيته تنتهى بانقضاء خمسين سنة من وقت نشر المصنف كما سبق القول •

المطلب الثانى

المصنفات التى يتعدد فيها المؤلف

١٩٥ — المصنف الجماعى :

تنص المادة ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « المصنف الجماعى هو المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة بتوجيه شخصى طبيعى أو معنوى يتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ، ويندمج عمل المشتركين فيه فى الهدف العام الذى قصد اليه هذا الشخص الطبيعى أو المعنوى ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة • ويعتبر الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه مؤلفا ، ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف » (١) •

ومثل المصنف الجماعى هو المعجم ودائرة المعارف فهذه أعمال واسعة النطاق ، لا يقوم بها عادة شخص واحد ، بل يشترك فى وضعها عدد كبير من المؤلفين • ويكونون جميعا تحت ادارة شخص واحد يضع خطة العمل ويشرف على تنفيذها • وليس من الضرورى أن يساهم فى

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية فى خصوص هذا النص : « المصنف الجماعى الذى يشترك فى وضعه جماعة من المؤلفين بتوجيه من شخص طبيعى أو معنوى ، ويندمج عمل المشتركين فيه فى فكرة صاحب التوجيه بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة . وصاحب حق المؤلف فى هذه المصنفات هو الشخص الطبيعى او المعنوى الذى وجه ونظم ابتكار المصنف ، فله وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف » .

ويقابل هذا النص المادة ٢٧ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان .

التأليف . فقد يقتصر على الاشراف والتنسيق والتصحيح والتوجيه . ويعتبر هو مؤلف المصنف الجماعى فى جميع الأحوال .

ويجب هنا أن نميز بين فرضين : فاما أن يكون عمل المشتركين فى التأليف قد اندمج فى الهدف العام بحيث لا يمكن فصل عمل كل منهم وتمييزه على حدة ويقع ذلك كثيرا فى المعاجم وقد يقع فى دوائر المعارف ، أو أن يكون عمل كل من المشتركين متميزا عن عمل الآخر ويمكن فصله على حدة بل ويحمل فى بعض الأحيان توقيعه ويقع ذلك كثيرا فى دوائر المعارف ويقع غالبا فى المجلات والصحف .

ففى الفرض الأول — وهو الفرض الذى عرضت له المادة ٢٧ سالفة الذكر — لا يكون لأحد من المشتركين حق ، ويعتبر الشخص الذى وجه العمل ونسقه ونظمه ووضع خطته هو المؤلف ، ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف المالية والأدبية . ويصح أن يكون هذا الشخص شخصا معنويا ، كجمعية أو شركة أو دائرة من دوائر الحكومة كمجمع اللغة العربية فى وضع المعاجم وكدار الكتب والجمعيات فى نشر المخطوطات وكوزارة التربية والتعليم فى الكتب المدرسية وكالدوائر الثقافية المختلفة فى وضع دوائر المعارف وغيرها من المصنفات الأدبية والعلمية . وكان الواجب فى هذه الحالة أن يكون المؤلف هو الشخص الطبيعى الذى أدار العمل ونسقه ونظمه ولو تعدد ، ويعتبر المؤلف قد نزل ، فى نظير الأجر أو المكافأة التى تقاضاها ، عن حقوقه المالية فى المصنف للشخص المعنوى الذى عمل لحسابه (١) . ولكن نص المادة ٢٧ سالفة الذكر صريح فى أن المؤلف هو الشخص المعنوى ذاته ، وأنه هو الذى يباشر جميع حقوق المؤلف المالية والأدبية . وهذه حالة يعتبر فيها الشخص المعنوى مؤلفا بنص صريح ، وعلى خلاف القياس . وعلى ذلك تحسب مدة الحماية خمسين سنة من تاريخ النشر ، ما دام

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٨٧ فى آخرها .

المؤلف هو شخص معنوى عام أو خاص (م ٣/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف) •

وفى الغرض الثـانى ، اذا كان عمل كل من المشتركين متميزا عن عمل الآخر ويمكن فصله على حدة ، يبقى الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى أدار العمل ، هنا أيضا ، هو المؤلف للمصنف فى مجموعه • ولكن يثبت لكل من المشتركين ، ما دام عملة متميزا ، حق المؤلف على عمله • فله اذن أن يباشر جميع الحقوق الأدبية والمالية على هذا العمل وحـده بشرط ألا ينافس المصنف الجماعى ، ويعتبر أنه قد نزل لمن أدار العمـل عن حقوقه المالية على عمله باعتباره جزءا من المصنف الجماعى لا باعتباره منفصلا على حدة ، وذلك فى نظير الأجر أو المكافأة التى تقاضاها (١) •

١٩٦ — المصنف المشترك — القاعدة العامة :

تنص المادة ٢٥ من قانون حمـاية حق المؤلف على ما يأتى : « اذا اشترك عدة أشخاص فى تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصـل نصـيب كل منهم فى العمل المشترك ، اعتبر الجميع أصـحاب المصنف بالتساوى فيما بينهم ، الا اذا اتفق على غير ذلك • وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم مباشرة الحقوق المترتبـة على حق المؤلف الا باتفـاق جميع المؤلفين المشتركين ، فاذا وقع خلاف بينهم يكون الفصـل فيه من اختصـاص المحكمة الابتدائية ، وذلك مع عدم الاخلال بأحكام المواد ٢٧ و ٢٩ و ٣٠ و ٣٢ ، و ٣٣ ، و ٣٤ من هذا القانون • ولكل من المشتركين فى التـأليف الحق فى رفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف » • وتنص المادة ٢٦ من نفس القانون على ما يأتى : « اذا كان اشـــتراك كل من المؤلفين يندرج تحت نوع مختلف من الفن ، فلكل منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة ، بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك » (٢) •

---

(١) ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٢٤ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية ما يأتى : «المصنفات المشتركة هى =

ونرى من ذلك أنه يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن المصنف اشترك فيه أكثر من شخص ، ولا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك . مثل ذلك شخصان يكتبان رواية واحدة أو كتابا أدبيا أو علميا ، أو يشتركان فى نحت تمثال أو رسم صورة أو وضع مسرحية أو لحن موسيقى ، ويكون اشتراكهما بحيث لا يتميز نصيب كل منهما فى العمل المشترك عن نصيب الآخر (١) .

= المصنفات التى يشترك فى تأليفها عدة أشخاص ، وهى نوعان : نوع يجمع بين انتاج جميع المشتركين فى التأليف على نحو يتعذر معه فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك ، وفى هذه الحالة يعتبرون جميعا أصحاب حق المؤلف على التساوى الا اذا اتفق على غير ذلك ، فلا يجوز مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف الا باتفاقهم جميعا . فاذا اختلفوا ، يرجع فى فض هذا الخلاف الى المحكمة الابتدائية (م ٢٥) . وقد سوى بين جميع المشتركين فى التأليف بالنسبة لحق المؤلف لتعذر تحديد نصيب كل منهم فى استغلال المصنف ، بسبب استحالة فصله وتمييزه . وقد كفل الشق الأخير من المادة ٢٥ لجميع المشتركين فى التأليف حق رفع الدعاوى ، عند وقوع أى تعد على حق المؤلف الذى يملكونه على الشيوع فيما بينهم — أما النوع الآخر من المصنفات المشتركة فهى المصنفات التى يتميز فيها نصيب كل مشترك فى التأليف بسبب اختلاف أنواع الحقوق التى يساهم بها كل منهم فى المؤلف المشترك ، وفى هذه الحالة يكون لكل منهم حق استغلال الجزء الذى انفرد بوضعه ، على الا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك (م ٢٦) » .

وتطابق المادة ٢٥ من قانون حماية حق المؤلف المادة ٢٥ فى المشروع الجديد . أما المادة ٢٦ من المشروع الجديد فقد جاءت أكثر وضوحا من المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف اذ جرت على الوجه الآتى : « اذا اشترك أكثر من شخص فى تأليف مصنف بحيث يمكن فصل نصيب كل منهم ، كان لكل منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم فيه على حدة بشرط الا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

(١) والمهم فى تعريف الاشتراك فى تأليف المصنف أن تكون هناك فكرة مشتركة للمؤلفين يهتدون بها ، وليس من الضرورى أن يكون كل جزء من المصنف من عمل المشتركين فيه . ولكن يجب أن يساهم كل شريك فى التأليف مساهمة فعلية ، أما مجرد مراجعة المصنف وتهذيب بعض عباراته وابداء الرأى فيه فلا يكفى لتحقق فكرة الاشتراك (ديبوا فقرة ١٧١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٠٩) — وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير المشاركة الذهنية فى التأليف من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ما دام حكمه يقوم على أسباب =

ففى هذا الفرض يكون حق المؤلف لهما على الشيوع ، وتكون حصة كل منهما فى هذا الحق بالقدر الذى يتفقان عليه اذ هما يعلمان ما بذل كل منهما من جهد فى العمل المشترك ويستطيعان تقديره . فقد يتفقان على أن يكون لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ، أو أن يكون لكل منهما النصف ، أو أن يكون لأحدهما الربع وللآخر ثلاثة الأرباع ، وهكذا . فاذا لم يتفقا على شىء ، لم يبق الا أن تحسب حصة كل منهما مساوية لحصة الآخر ، فيكون لكل منهما النصف . أما من حيث استعمال حقوق المؤلف الأدبية والمالية ، فهذا يترك لهما معا بالاتفاق فيما بينهما . فيتعاقدان معا مع الناشر مثلا ، ويتصرفان معا فى حقوق الاستغلال المالية للمصنف المشترك ، ويأذنان معا لمن يشاءان فى ترجمة المصنف أو تحويله أو التعليق عليه وما الى ذلك . وكذلك يتفقان معا فى استعمال الحقوق الأدبية ، فيختاران معا الوقت الذى ينشر فيه المصنف ، ويتفقان معا على نسبته اليهما ، وعلى سحبه أو تعديله اذا كان هناك مقتض لذلك (١) . فاذا تعذر الاتفاق ، كان لأى منهما أن يرفع دعوى أمام المحكمة الابتدائية التى يكون فيها موطن

= سائغة ، فاذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى عن الطاعن اشتراكه فى تأليف الكتاب موضوع النزاع ، استنادا الى أن الأدلة التى تقدم بها انما هى تعليقات بخطه على أصل الكتاب اثبت الخبير المنتدب أنها لا تتجاوز استبدال كلمة بأخرى أو مثلا بآخر ، وهى فى مجموعها لا تدل على مشاركة ذهنية وتبادل فى الراى جاء الكتاب نتيجته ، فان هذا الذى أورده الحكم يؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها (نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٤ ص ٣٤) .

(١) وقد يفوض أحدهما الآخر فى مباشرة هذه الحقوق بالوكالة عنه ، وذلك تيسيرا لاستغلال المصنف ، وقد يكون هذا التفويض ضمنيا يستخلص من الظروف . فيتصرف الوكيل المفوض فى حدود التفويض ، الا اذا عزله شريكه عن الوكالة واعلى ذلك العزل للغير الذى يتعامل معه الوكيل . ويجب فى جميع الأحوال أن يكون تصرف الوكيل متفقا مع المصلحة المشتركة للشريكين معا ، والا خرج التصرف عن حدود التفويض (ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٧٩ — فقرة ٣٨٠) .

الآخر ، ويطلب من المحكمة البت فى النزاع القائم بينهما فى أى شأن من الشؤون المتقدمة الذكر . وهناك حق من الحقوق الأدبية للمؤلف ، هو حق دفع الاعتداء عن المصنف . يملكه كل منهما على انفراد دون حاجة لاشتراك الآخر معه . اذ المصنف مشترك بينهما ولا يمكن لأحدهما أن يدفع الاعتداء عن حصته فى المصنف دون أن يدفع فى الوقت ذاته الاعتداء عن حصة الآخر . ويلاحظ ، مع كل ذلك ، الأحكام التى قدمناها فى شأن المصنف الجماعى (م ٢٧) ، وما سنورده من الاحكام فى شأن المصنفات الموسيقية الغنائية (م ٢٩) ، وفى شأن الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى (م ٣٠) ، وفى شأن المصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للاذاعة اللاسلكية وللتليفزيون (م ٣٢ — ٣٤) . ويلاحظ أخيرا أنه ليس لأحد من الشريكين أن ينفرد وحده — فيما عدا استعمال الحق فى دفع الاعتداء المتقدم الذكر — باستعمال أى حق من الحقوق المالية أو الأدبية الا اذا كان معه تفويض من الشريك الآخر . ولا محل لبحث ما اذا كان لكل شريك أن ينفرد باستغلال نصيبه فى المصنف المشترك . اذ المفروض هنا أن نصيب كل منهما يتعذر فصله عن نصيب الآخر فلا يتسنى لصاحبه أن ينفرد باستغلاله .

(الفرض الثانى) أن المصنف اشترك فيه أكثر من شخص ، ويمكن تمييز كل منهم فى العمل المشترك وفصله عن أنصبة الآخرين . مثل ذلك شخصان يشتركان فى وضع أغنية أحدهما يقوم بوضع كلماتها والآخر يقوم بتلحينها ، ومثل ذلك أيضا أن يكتب شخصان كتابا فى التاريخ أو فى القانون أو فى الكيمياء أو فى الحساب ويختص أحدهما بكتابة فصول معينة من هذا الكتاب ويختص الآخر بكتابة الفصول الأخرى . ونرى من ذلك أنه ليس من الضرورى ، حتى يتيسر فصل نصيب كل من الشريكين ، أن يندرج هذا النصيب تحت نوع مختلف من الفن كما توحى بذلك خطأ نص المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف فيما قدمناه . بل يصح أن يكون نصيب كل من الشريكين متميزا

عن نصيب الآخر ويمكن فصله عنه ، مع اندراج كل من النصيبين تحت لون واحد من الفن (١) • وسواء اندرج كل من النصيبين تحت لون مختلف من الفن أو اندرجا معا تحت لون واحد ، فالمؤلف للمصنف المشترك هو الشريكان معا ، ويكون لكل منهما حصته فى هذا المصنف بحسب الاتفاق أو بالتساوى اذا لم يوجد اتفاق بينهما • ويستعملان معا حقوق المؤلف الماليه والأدبيه بالاتفاق فيما بينهما على النحو الذى بسطناه فى الفرض الاول • ولكل منهما منفردا دفع الاعتداء عن المصنف ، كما هو الحكم فى الفرض الأول • ويلاحظ عدم الاخلال بأحكام المواد ٢٧ و ٢٩ و ٣٠ و ٣٢ و ٣٣ و ٣٤ من قانون حمايه حق المؤلف . وقد سبقت الاشارة الى هذه الأحكام عند الكلام فى الفرض الأول • ويتميز الفرض الثانى عن الفرض الأول فيما يأتى : لما كان نصيب كل من الشريكين متميزا عن نصيب الاخر ويمكن الفصل فيما بينهما . فانه يجوز لكل منهما منفردا الحق فى استغلال نصيبه . بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ، وذلك ما لم يتفق الطرفان على حرمان كل منهما من هذا الحق • وعلى ذلك يجوز ، ما لم يوجد اتفاق مخالف ، أن يستغل صاحب الكلمات فى الأغنية كلماته . على الا يعوق ذلك من انتشار الأغنية الملحنه . ويجوز كذلك لكل من الشريكين أن ينشر فصلا أو أكثر من الفصول المعينة التى ساهم بها فى المصنف المشترك بشرط ألا يكون فى ذلك منافسة للمصنف المشترك (٢) •

---

(١) وقد رأينا أن المادة ٢٦ فى المشروع الجديد تقرر ذلك صراحة ، فجاءت اكثر وضوحا من نص المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف (انظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش) •

(٢) ونرى من ذلك أن المصنف المشترك — فى كل من فرضيه — له نظام خاص : فهو من جهة لا يجوز استغلاله ولا اتخاذ قرار فى شأنه الا باتفاق جميع الشركاء أو قضاء المحكمة ، وهو من جهة اخرى كما سنرى تحسب مدة حمايته من تاريخ موت آخر من بقى حيا من المشتركين (م ٢/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف) وفى ذلك تأكيد لمعنى الاشتراك •

١٩٧ — صور خاصة من الاشتراك :

بعد ان قرر قانون حمايه حق المؤلف فى مادتيه ٢٥ و ٢٦ القاعدة العامه فى المصنف المشترك ، أورد فى المواد ٢٩ الى ٣٦ منه صوراً خاصة من الاشتراك وطبق عليها القاعدة العامه • وهذه الصور الخاصه هى : ١ — مصنفات الموسيقى الغنائيه • ٢ — الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى • ٣ — المصنفات السينمائيه والمصنفات المعدة للاذاعه اللاسلكيه او للتليفزيون • ٤ — الصور ومن تمثلهم هذه الصور • ولا يوجد هنا مصنف مشترك ولكن يوجد شخص غير المؤلف تثبت له حقوق معينة • أما المصنفات الجماعيه ، فقد مر بحثها (١) •

ونقول كلمة موجزة فى كل صورة من هذه الصور الخاصة •

١٩٨ — ١ — مصنفات الموسيقى الغنائية :

تنص المادة ٢٩ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « فى حالة الاشتراك فى تأليف مصنفات الموسيقى الغنائية ، يكون لمؤلف الشطر الموسيقى وحده الحق فى الترخيص بالأداء العلنى للمصنف كله أو بتنفيذه أو بنشره أو بعمل نسخ منه ، مع عدم الاخلال بحق مؤلف الشطر الادبى • ويكون لمؤلف الشطر الأدبى

= ومن ثم يجب التمييز بين الاشتراك فى مصنف (collaboration) ، والاقتباس من مصنف سابق (adaptation) بطريق الاشتقاق كالتحويل أو الترجمة ، اذ لكل من الحالتين نظامها الخاص . ففى الاقتباس من مصنف سابق يستقل مؤلف المصنف السابق بمصنفه ، وتكون له بالاضافة الى ذلك حقوق على المصنف المقتبس سبق بيانها (انظر آنفا فقرة ١٧٣ — فقرة ١٧٧) . وتحسب مدة حماية المصنف المقتبس من تاريخ موت مؤلفه ، لا من تاريخ موت من بقى حيا من المؤلفين . انظر فى ذلك نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٨١ داللوز ٨١ — ١ — ٣٢٩ — السين ٢٨ نوفبر سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٥ — ١ — ١٦١ — ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٢٧ — فقرة ١٢٩ .

(١) انظر آنفا فقرة ١٩٥ .

الحق فى نشر الشطر الخاص به وحده ، على أنه لا يجـــوز له التصرف فى هذا الشـــطر ليكون أســـاسا لمصنف موسيقى آخر ، ما لم يتفق على غير ذلك » (١) •وجاء فى المذكرة الايضـاحيه فى صدد هذا النص ما ياتى : « المصنفات الموسيقية أما ان تكون موســيقى غنائية ، واما أن تكون اســـتعرضات أو مصنفات تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى • وقد عالج المشروع مصـــنفات الموسـيقى الغنـائيه فى المادة ٢٩ ، والمقصود بها المصنفات التى يشترك فى تاليفها واضـع الجزء الادبى (اى الروايه او المقطوعة) وواضـع الموســيقى • ولما كان الشـــطر الموســيقى فى المصـــنفات الغنائيه هو الشـــطر الأهم ، فقد نص المشروع على أن واضـع هذا الشـــطر هو صـــاحب الحق فى تقرير نشر المصـــنف المشـــترك أو عرضـــه أو تنفيذه أو عمل نسخ منه • ولم يغفل حق مؤلف الشـــطر الادبى . فحفظ له حقه فى الأرباح فضلا عن حقه الأصـــلى فى نشر أو عمل نسخ من الشـــطر الأدبى وحده • على أنه لا يجوز له أن يتصرف فى هذا الشـــطر الأدبى ليكون أســاسا لمصنف موســيقى آخر . حتى لا يضار شريكه فى التاليف وهو واضـــع الشطر الموسيقى . ما لم يتفق على غير ذلك » •

ويبين من النص ســـالف الذكر أن مصـــنف الموسيقى الغنائية ، كالأوبرا والأوبرا كوميك والأوبريت والأغانى الملحنـــة . لها مؤلفـــان : مؤلف الشـــطر الموســـيقى وهو الذى وضـــع ألحان الموســيقى ، ومؤلف الشـــطر الادبى وهو الذى وضـــع الكـــلام الذى يغنى فى المسرحيـــة أو فى الأغنيـــة • أما المؤدى ، وهو الممثـل الذى يغنى على المسرح أو المطرب الذى يؤدى الأغنية ، فليس مؤلفا ، ولا يعتبر شريكا لهذين المؤلفين فى المصنف الموسيقى الغنائى • وانمـــا يكـــون له حق أصـــيل مستقل فى تأديته للغناء . فاذا أريد نشر المصـــنف الموسيقى الغنائى بتأديته هو بالذات وجب استئذانه ، وبالأخص يجب استئذانه

---

(١) ويقابل النص المادة ٢٩ فى المشروع الجديد والنصان متطابقان .

فى عمل اسطوانات تسجل تأديته وفى اذاعة تأديته بالراديو وبالتليفزيون • ولكن ليس هناك ما يمنع ، كما سنرى ، مؤلف الشطر الموسيقى من أن يأذن لشخص آخر غير المؤدى الأول فى تأدية المصنف . ولا يلزم لذلك أن يأذن المؤدى الاول اذ ليس له حق فى ذات المصنف وانما حقه فى تأديته هو على ما بينا •

فالمؤلف اذن للمصنف الموسيقى الغنائى ، كما قدمنا ، شخصان : مؤلف الشطر الموسيقى ومؤلف الشطر الأدبى ، ومن بين هذين الشخصين، مؤلف الشطر الموسيقى هو الذى يعتبر مؤلفا للشطر الاساسى من المصنف• ومن ثم لا تنطبق هنا القاعدة التى قدمناها فى المصنفات المشتركة من أنه يجب اتفاق المؤلفين معا — مؤلف الشطر الموسيقى ومؤلف الشطر الادبى — لاستعمال حقوق المؤلف الأدبية والمالية • بل يستقل مؤلف الشطر الموسيقى باستعمال هذه الحقوق . فهو وحده الذى يقرر الوقت الذى ينشر فيه المصنف . كما انه هو الذى يقرر سحبه اذا كان هناك مقتض لذلك • وهو وحده الذى يرخص فى الاداء العلنى للمصنف كله • لواحد أو اكثر ، اما عن طريق التأدية المباشرة أو طريق الاذاعة بالراديو أو التلفزيون ، كما يرخص فى تنفيذه أو فى نشره أو فى عمل نسخ منه . كل هذا مالم يكن قد نزل عن حقوقه فى ذلك لشخص آخر كالمؤدى مثلا •

أما حقوق مؤلف الشطر الأدبى فهى نوعان : حقه فى مجموع المصنف ذاته ، وحقه فى الشطر الأدبى وحده • فحقه فى مجموع المصنف ذاته هو حق الشريك (coauteur, collaborateur) . وحصته فى المصنف هى الحصة التى يتفق عليها مع مؤلف الشطر الموسيقى • فاذا لم يكن هناك اتفاق ، لم يكن له النصف كما يكون له فى المصنفات المشتركة فى القاعدة العامة ، اذ أن الشطر الموسيقى هو الشطر الأساسى كما قدمنا • ويبدو أنه عند النزاع ، يقدر القاضى (المحكمة الابتدائية) حصته وحصة مؤلف الشطر الموسيقى • فاذا تقررت حصة مؤلف الشطر الأدبى فى المصنف ، كان له أن يأخذ بقدرها فى كل استغلال مالى ، ويبقى بعد ذلك حقه الخاص فى الشطر الأدبى ؛ فان هذا الشطر متميز عن الشطر الموسيقى ويمكن فصله

عنه • فيكون له وحده الحق فى استغلاله . والاذن فى نشره منفصـــلا ، بشرط ألا يضر ذلك بمجموع المصنف أو يحد من انتشاره طبقا لما قررناه من القواعد فى المصنفات المشتركة • وله كذلك حق نسبة الشطر الادبى اليه . وحق دفع الاعتداء عنه • وهنات قيد على حقه اوردته العبارة الاخيره من المادة ٢٩ سالفة الذكر على النحو الآتى : «على أنه لا يجوز له التصرف فى هذا الشطر ليكون أساسا لمصنف موسيقى اخر ، مالم يتفق على غير ذلك » • فما لم يكن هناك اتفاق على أنه يجوز لمؤلف الشطر الادبى أن يدفع بالكلام الذى الفه للحن آخر ليجعله أساسا لمصنف موسيقى اخر ، فانه لايجوز لمؤلف الشطر الادبى ان يفعل ذلك دون اذن من مؤلف الشطر موسيقى آخر ينافس دون شك التلحين الأول • ولكن هل يجوز لمؤلف الشطر الموسيقى دون اذن مؤلف الشطر الادبى ؛ أن يجعل أساســا لألحانه الموسيقية التى سبق له أن ألفها كلاما اخر يؤلفه هو أو يؤلفه له أى شخص آخر ؟ يبدو أنه يجوز له ذلك . فان الالحان الموسيقية هى الشطر الأساسى كما سبق القول . فيكون لصاحبها أن يتخذ لها أســــاسا أى كــلام يختاره •

١٩٩ — ٢ — الحركات والاستعراضات المصحوبة بموسيقى :

تنص المادة ٣٠ من قانون حمــاية حق المؤلف على ما يأتى : « فى المصنفات التى تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى وفى الاستعراضـــــات المصحوبة بموسيقى وفى جميع المصنفات المشابهة . يكون لمؤلف الشطر غير الموسيقى الحق فى الترخيص بالأداء العلنى للمصنف المشترك كله أو بتنفيذه أو بعمل نسخ منه • ويكون لمؤلف الشطر الموسيقى حق التصرف فى الموسيقى وحدها . بشرط ألا تستعمل فى مصنف يشابه المصنف المشترك، مالم يتفق على غير ذلك » (١) • وجاء فى المذكرة الايضاحية فى صدد هذا

---

(١) ويقابل هذا النص المادة ٣٠ فى المشروع الجديد ، والنصــــان متطابقان فى المعنى •

النص : « وعرضت المادة ٣٠ لحكم المصنفات التى تنفذ بحركات ، وبعبارة أخرى المصنفات التى تكون وسيلتها فى التعبير حركات أو خطوات ومـا يماثلها مصحوبة بالموسيقى • ولما كان الشطر غير الموسيقى هو الأهم هنا ، فقد نص المشروع على ان واضع هذا الشطر هو صاحب الحق فى تقرير نشر المصنف المشترك الى آخر ما جاء بالمادة . مع الاحتفاظ لمؤلف الشـــطر الموسيقى بحق التصرف فى الموسيقى وحدها ، وذلك بنفس القيد الوارد فى المادة السابقة . أى بشرط ألا تستعمل الموسيقى فى مصنف مشـــابه للمصنف المشترك . مالم يتفق على غير ذلك » •

ويبين من النص سالف الذكر ان الحركات والاستعرضات المصحوبة بموسيقى . كالرقص والاستعرضات المسرحية وبعض الالعاب الرياضية. لها مؤلفان : مؤلف الحركات او الاستعرضات ومؤلف الموسيقى • ومن بين هذين الشخصين . يعتبر مؤلف الحركات أو الاستعراضات هو المؤلـف للشطر الأساسى من المصنف . وذلك خلافا لما رأيناه فى الموسيقى الغنائية من أن الموسيقى هى الشطر الاساسى • وينبنى على ذلك ان مؤلف الحركات أو الاستعراضات هو الذى يتولى استعمال حقوق المؤلف الأدبية والمالية على النحو الذى بسطناه فيما يتعلق بمصنفات الموسيقى الغنائية (١) •

أما حقوق مؤلف الموسيقى فهى هنا أيضا نوعان : حقه فى مجموع المصنف وحقه فى الموسيقى وحدها • فحقه فى مجموع المصنف هو حـق الشريك (coauteur, collaborateur) ، وحصته هى الحصة التى يتفق عليها مع مؤلف الحركات أو الاستعراضات • فان لم يكن هناك اتفاق ووقع نزاع ، حسمت المحكمة الابتدائية هذا النزاع على النحو الذى سبق أن قررناه فى شأن مصنفات الموسيقى الغنائية (٢) • أما فيما يتعلق بحقه عـــلى الموسيقى وحدها . فذلك حق ينفرد باستغلاله وباستعمال سائر حقـوق المؤلف بالنسبة اليه : بشرط ألا يضر ذلك بمجموع المصنف أو يحـد من

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٩٨ •
(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٨ •

انتشاره . وله أيضا حق نسبة الموسيقى اليه . ودفع الاعتداء عنهـا ، وهناك قيد على حقه مماثل للقيد الذى اوردناه فى شان حق مؤلف الكلام فى الموسيقى الغنائية . وهو الا يستعمل موسيقاه فى مصنف يشابه المصنف المشترك . الا اذا اتفق مع مؤلف الحركات او الاستعراضات على حقه فى هذا الاستعمال .

٢٠٠ — ٣ — المصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للاذاعـــــة اللاسلكية أو للتلفزيون :

تنص المادة ٣١ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يعتبر شريكا فى تأليف المصنف السينمائى او المصنف المعد للاذاعة اللاسلكيـة أو التلفزيونية :

أولا : مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج الاذاعى أو التلفزيون .

ثانيا : من قام بتحوير المصنف الادبى الموجود بشكل يجعله ملائما للفن السينمائى .

ثالثا : مؤلف الحوار .

رابعا : واضع الموسيقى اذا قام بوضعها خصيصا للمصنف السينمائى

خامسا : المخرج اذا بسط رقابة فعلية وقام بعمل ايجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف السينمائى . واذا كان المصنف السينمائى أو المصنف المعد للاذاعة اللاسلكية أو التلفزيون مبسطا أو مستخرجا مـن مصنف آخر سابق عليه . يعتبر مؤلف هذا المصنف السابق مشتركا فى المصنف الجديد » . وتنص المادة ٣٢ من نفس القـانون على ما يأتى : « لمؤلف السيناريو ولمن قام بتحوير المصنف الأدبى ولمؤلف الحوار وللمخرج مجتمعين الحق فى عرض المصنف السينمائى أو المعد للاذاعـــــة أو التلفزيون ، رغم معارضـــة واضع المصنف الأدبى الأصلى أو واضـــع الموسيقى ، وذلك مع عدم الاخلال بحقوق المعارض المدنية على الاشتراك

فى التأليف • ولاؤلف الشطر الأدبى أو الشطر الموسيقى الحق فى نشر مصنفه بطريقة أخرى غير السينما أو الاذاعة اللاسلكية أو التلفزيون ، مالم يتفق على غير ذلك » • وتنص المادة ٣٤ من نفس القانون على مايأتى: « يعتبر منتجا للمصنف السينمائى أو الاذاعى أو التلفزيون الشخص الذى يتولى تحقيق الشريط أو يتحمل مسئولية هذا التحقيق ، ويضع فى متناول مؤلفى المصنف السينمائى أو الاذاعى أو التلفزيونى الوسائل المادية والمالية الكفيلة بانتاج المصنف وتحقيق اخراجه • ويعتبر المنتج دائما ناشر المصنف السينمائى . وتكون له كافة حقوق الناشر على الشريط وعلى نشره • ويكون المنتج طول مدة استغلال الشريط المتفق عليها نائبا عن مؤلفى المصنف السينمائى وعن خلفهم فى الاتفاق على عرض الشريط واستغلاله ، دون الاخلال بحقوق مؤلفى المصنفات الأدبية أو الموسيقية المقتبسة . كل ذلك مالم يتفق على خلافه (١) » •

ويتبين من النصوص سالفة الذكر أن المصنفات السينمائى والمصنفات المعدة للراديو والتلفزيون هى مصنفات مشتركة ، ساهم فى صنعها أكثر من مؤلف واحد ، فنبحث اذن :

---

(١) وجاء فى المذكرة الايضاحية فى صدد هذه النصوص : « المصنفات السينمائية وعرض لها المشروع فى المواد من ٣١ الى ٣٤ . وقد حددت المادة ٣١ المشتركين فى تأليف المصنف السينمائى ، وحفظ المشروع حق عرض المصنف السينمائى للمخرج ولواضع السيناريو ولمؤلف الحوار ولمن قام بتحوير المصنف الأدبى مجتمعين ، وذلك رغم معارضة واضع المصنف الأدبى أو الاصلى او واضع المصنف الموسيقى ، مع عدم الاخلال بحقوق المعارضين . وقد آثر المشروع الفريق الأول بحق عرض المصنف السينمائى لأهمية دوره فى وضع المصنف ، اذ يرجع اليه الفضل فى تحقيق الفكرة الفنية فى عالم السينما . اما الفريق الآخر الذى يضم واضع الموسيقى وواضع القسم الآدبى الأصلى فى المصنف ، فان دوره مقصور على تحديد الخطوط الرئيسية العامة للمصنف . . ولما كان المنتج هو ناشر المصنف وهو الذى يحمل عبئه ومسئوليته من الناحية المالية ، فقد أعتبره المشروع نائبا عن مؤلفى المصنف فيما يتعلق باستغلال الفيلم » .

وتقابل هذه النصوص فى المشروع الجديد المواد ٣١ و ٣٢ و ٣٤ ، وهى مطابقة لنظيراتها فى المعنى وتكاد تكون مطابقة فى اللفظ .

١ — من يعتبر شريكا فى تأليف المصنف السينمائى أو المصنف المعد للراديو أو التلفزيون •

٢ — حقوق المؤلف الثابتة لهؤلاء الشركاء •

٢٠١ — من شريكا فى تأليف المصنف السينمائى أو الاذاعى أو التلفزيونى :

تعد المادة ٣١ سالفة الذكر ستة نعتبرهم بحكم القانون شركاء ، فى تأليف المصنف السينمائى أو المصنف المعد للراديو أو للتلفزيون ، واعداد المصنف السينمائى يقارب كثيرا اعداد المصنف المعد للاذاعة بالراديو أو بالتلفزيون ، ففى جميع الأحوال يكون هناك مصنف أدبى (كمسرحية أو قصة أو فكرة تعد للبرنامج الاذاعى أو التلفزيونى) يعد لاذاعتــه عن طريق السينما أو الراديو أو التلفزيون . وقد يكون هذا المصـــنف مستخرجا من مصنف أدبى آخر سابق عليه • ويبدأ الاعداد بتحويـــر المصنف الأدبى المراد اذاعته على نحو يجعله ملائما لأصول فن السينما أو الراديو أو التلفزيون • ثم يعد مؤلف السيناريو المناظر والفصول ويرتب الحوادث من واقع المصنف الذى يراد عرضه عن طريق السينما، أو يكتب أحد المؤلفين الفكرة التى تراد اذاعتها عن طريق الراديو أو التلفزيون ، ويضع مؤلف آخر أو نفس مؤلف السيناريو الحوار ، أى الكلام الذى يضعه على ألسنة الممثلين ، ويضع أحد الموسيقيين الألحان الموسيقية التى تتمشى مع المصنف السينمائى ، وبعد اعداد ذلك كله ، يأتى المخرج ويوزع الأدوار على الممثلين ، ويحقق فى الأستودنيو أو فى أى مكان آخر المناظر المختلفة والمشاهد الطبيعية وغير الطبيعية والديكـــور اللازم لاخراج المصنف • ويقوم الممثلون كل بدوره تحت رقابة فعلية من المخرج ، ويلتقط الفوتوغرافى صور الممثلين ، وهم يقومون بأدوارهم وسط المناظر والمشاهد والديكورات التى حققها المخرج • وبعد أن يتم تصوير الفيلم على هذا النحو ، يأتى مركب الفيلم (monteur) ليقوم بعملية التركيب (montage). فيستعرض أشرطة الفيلم ليقص منها المعيب=

وما كان منها طويلا أكثر من القدر المناسب وهذه هى عملية القص (découpage) ، وبالجملة يحقق للفيلم تنسيقه وتوازنه وطوله المناسب ؛ وبعد أن يتم انجاز الفيلم فى شكله النهائى . تأتى عملية الترجمة أو الدوبلاج (doublage) . فيقوم أحد المترجمين بترجمة المصنف من لغته الأصلية الى لغة أو لغات أخرى حتى يصبح مفهوما من أبناء هذه اللغات حين عرضه عليهم .

ونستبعد ، بعد استعراض هذه العمليات العديدة المتعاقبة ، أشخاصا ثلاثة لا يعتبرون شركاء فى التأليف :

١ — المصور الفوتوغرافى ، وكان يجوز اعتباره شريكا بمقدار ما يعترف للمصور الفوتوغرافى من حق المؤلف على الصور التى يلتقطها ولكن القانون هنا لا يعتبره شريكا ؛ فيقتصر اذن على تقاضى أجرة .

٢ — مركب الفيلم (monteur) ؛ وهو يقوم بعمل فى اعداد الفيلم لايخلو من الابتكار ، وكان من حقه أن يكون شريكا ، ولكن القانون لم يذكره بين الشركاء . فيقتصر هو أيضا على تقاضى أجره (١) .

٣ — المترجم أو القائم بعملية الدوبلاج ، وهذا لا يعتبر شريكا فى المصنف ، ووضعه هو وضع المقتبس عن طريق الترجمة ، فتكون له حقوق المترجم لا حقوق الشريك .

ويبقى بعد ذلك من يعتبرون شركاء فى المصنف السينمائى أو الاذاعى أو التلفزيونى وهم :

١ — من قام بتحوير المصنف الأدبى .

٢ — مؤلف السيناريو ، أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج الاذاعى أو التلفزيونى .

---

(١) وفى فرنسا يعتبر مركب الفيلم شريكا فى المصنف السينمائى (ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٤٣) .

٣ — مؤلف الحوار ،

٤ — واضع الموسيقى .

٥ — المخرج ، والمفروض أنه بسط رقابة فعلية وقام بعمل ايجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف ، أما اذا اقتصر عمله على اختيار الممثلين وتوزيع أدوارهم وغير ذلك من الأعمال الروتينية فلا يعتبر شريكا .

٦ — مؤلف المصنف الأصلى الذى اقتبس منه المصنف الذى أعد للاخراج ، وكان ينبغى ألا يكون هذا شريكا فى المصنف السينمائى أو الاذاعى أو التلفزيونى ، بل ان وضعه هو وضع صاحب المصنف الأصلى الذى يقتبس منه مصنف آخر ، فيكون له حكم آخر غير حكم الشريك وتطبق قواعد الاشتقاق (أى الاستئذان بمقابل) لا قواعد الاشتراك. ولكن المادة ٣١ سالفة الذكر جعلته فى الفقرة الأخيرة منها شريكا امعانا فى توثيق صلته بالمصنف اذ قالت كما رأينا : « واذا كان المصنف السينمائى أو المصنف المعد للاذاعة اللاسلكية أو التلفزيون ، مبسطا أو مستخرجا من مصنف آخر سابق عليه ، يعتبر مؤلف هذا المصنف السابق مشتركا فى المصنف الجديد (١) » .

وكان الواجب أن يضاف الى هذه القائمة الممثلون (interprètes)، ولكن القانون لم يذكرهم ضمن الشركاء فى المصنف . ولاشك فى أن الممثلين قاموا بدور هام جدا فى اخراج المصنف ، وكان يجب اعتبارهم شركاء فيه ، فلولاهم لم يكن ليوجد الفيلم السينمائى (٢) . وما داموا قد استبعدوا من أن يكونوا شركاء ، فانهم يقتصرون على قبض أجورهم، وقد تكون أجورا عالية . ولهم ، وبخاصة البارزون منهم ، أن يشترطوا

---

(١) انظر فى هذا المعنى ديبوا فقرة ١٩٦ — محمد على عرفة فقرة ٣٩٤ من ٥٥٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٢ ص ٣٠٨ .

(٢) انظر فى هذا المعنى ديبوا فى انسكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٤١ .

نسبة مئوية معينة من الأرباح التى يغلها الفيلم ، ولكنهم يتقاضون هذه الأرباح لا باعتبارهم شركاء فى الفيلم ، بل باعتبارهم متنازلا اليهم عن هذه النسبة المئوية .

ويتولى تهيئة الوسائل المادية اللازمة لانتاج المصنف ، ويتكفل بنفقات ذلك ، المنتج (producteur) . فهو ، على ماتقول الفقرة الأولى من المادة ٣٤ سالفه الذكر : « الذى يتولى تحقيق الشريط او يتحمل مسئولية هذا التحقيق . ويضع فى متناول مؤلفى المصنف السينمائى أو الاذاعى أو التلفزيونى الوسائل المادية والمالية الكفيلة بانتاج المصنف وتحقيق اخراجه » . ولكنه ، على هذا النحو ، لم يقم بأى عمل ابتكارى فى اخراج المصنف : ومهمته مقصورة على تقديم الوسائل المادية والمالية اللازمة لاخراج المصنف . وأهم عمل له هو تمويل المصنف وتحمل مسئولية خسارته ، فمن العدل اذن أن يجنى أرباحه . ومن ثم لايعتبر المنتج شريكا فى المصنف (١) ، ولكن يعتبر أنه هو دائما ناشر المصنف ، فتكون له جميع حقوق الناشر على الشريط وعلى نسخة (م ٣٤/٢ سالفة الذكر) . وسنرى أن الذى يقع عملا هو أن الشركاء فى المصنف ينزلون له عن حق الاستغلال المالى فى نظير مقابل يتقاضونه منه ، فيصبح هو وحده الذى له حق استغلال الفيلم . ولكن مدة الحماية تحسب من تاريخ موت آخر من بقى حيا من هؤلاء الشركاء ، لا من تاريخ موت المنتج . ويترتب على أن يكون المنتج هو الناشر أنه يكون ، كما تقول الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ سالفة الذكر : « طول مدة استغلال الشريط المتفق عليها نائبا عن مؤلفى المصنف السينمائى وعن خلفهم فى الاتفاق على عرض الشريط واستغلاله ، دون اخلال بحقوق مؤلفى المصنفات الأدبية أو الموسيقية المقتبسة ، كل ذلك مالم يتفق على خلافه » .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ كانت طبيعة العمل الفنى لاتدرجه ضمن عروض التجارة كما يعتبر تعاقد الفنان على استغلال عمله الفنى

---

(١) وفى فرنسا أيضا لا يعتبر المنتج شريكا فى المصنف السينمائى (ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٣٥) .

عملا مدنيا ، فان قواعد الوكالة فى القانون المدنى تكون هى التى تحـكم هذه الحالة . واذ كانت المادة ٣٤ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وان أنابت المنتج عن مؤلفى المصنف السينمائى فى نشر الفيلم واستغلاله الا أنها فى فقرتها الاخيرة أجازت أن يتم الاتفاق على خلاف ذلك وأن مؤدى هذا النص انه لو احتفظ مؤلف المصنف السينمائى بحقه فى الاداء العلنى تزول تلك النيابة القانونية التى للمنتج عنه ويصبح هو صاحب الحق فى استغلال مصنفه بنفسه (١) .

٢٠٢ — حقوق المؤلف الثابته للشركاء فى المصنف السينمائى أو الاذاعى أو التلفزيونى :

ميزت الفقرة الأولى من المادة ٣٢ سالفة الذكر ، فى الشركاء فى المصنف ، بين فريقين . الفريق الاول هم من قام بوضع المصنف الأدبى أو قام بتحويره ، ومؤلف السيناريو ، ومؤلف الحوار ، والمخـــرج ، وللأعمال التى قام بها هؤلاء فى وضع المصنف ــ كما تقول المذكـــرة الايضاحية ــ أهمية خاصة ، اذ يرجع اليهم الفضل فى تحقيق الفكرة الفنية ، والفريق الأخر هم واضع المصنف الادبى الأصلى الذى اقتبس منه المصنف المحور ، وواضع الموسيقى . وهذان ــ كما تقول المذكـــرة الايضاحية أيضا ــ دورهما مقصور على تحديد الخطوط الرئيسية العامة للمصنف . لذلك قضت المادة ٣٢ بأن يكون لأفراد الفريق الأول وحده ، مجتمعين ، الحق فى عرض المصنف السينمائى أو الاذاعى أو التلفزيونى، ولو عارض فى ذلك أفراد الفريق الثانى ، وذلك مع عدم الاخلال بحقوق المعارض فى نصيبه فى استغلال المصنف وغير ذلك من الحقوق ، وافــراد الفريق الأول شركاء لايمكن فصل نصيب كل منهم عن أنصبة الآخـــرين (فيما عدا مؤلف المصنف المحور) ، ومن ثم يجب اتفاقهم جميعا عـــلى استعمال حقوق المؤلف على النحو الذى بسطناه فى المصنفات المشتركةالتى

---

(١) نقض مدنى فى ١٤ ابريل سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ١٠٧ صفحة ٦٠٨ .

لايمكن فصل الأنصبة فيها (١) . فاذا لم يتيسر الاتفاق حسمت المحكمة الابتدائية النزاع . وتحديد حصة كل منهم فى المصنف المشترك يكــون بحسب الاتفاق ، والذى يقع أن المنتج يتولى هذا التحديد فى اتفاقــه معهم على النزول له عن حق الاستغلال المالى . أما الفريق الآخــر ، فمؤلف المصنف الاصلى وواضع الموسيقى شريكان فى مصنف مشترك يمكن فصل نصيب كل منهما فيه . وكذلك من بين أفراد الفريق الأول نفرد مؤلف المصنف المحور فهذا أيضا نصيبه فى المصنف المشترك يمكــن فصله عن أنصبة الباقين . فيشارك هؤلاء أولا فى المصنف المشـــترك بالحصص التى يتفق عليها ، ثم ينفرد كل منهم باستغلال مصــنفه — المصنف الأصلى والمصنف المحور والموسيقى — بطريقة أخرى غيرالسينما أو الاذاعة اللاسلكية أو التلفزيون ، مالم يشترط عليهم ألا حق لهم فى هذا الاستغلال (م ٢/٣٢ سالفة الذكر) ، وشأنهم فى ذلك شأن الشركاء فى مصنف مشترك يمكن فيه فصل نصيب كل منهم عن أنصبة الآخرين (٢)

وفيما يتعلق عن الاستغلال المالى بوجه خاص ، يقع عادة ، كمــا قدمنا ، أن يتفق كل هؤلاء الشركاء مع المنتج على النزول له عن هـــذا الحق فى نظير مقابل يعطيه لكل منهم ، وقد يتفق بعض منهم معه عــلى نسبة مئوية من الأرباح يتقاضاها . وهذا الاتفاق بين الشركاء والمنتج هو الذى يحدد حصة كل شريك فى المصنف المشترك ، بحسب ما يتقاضاه من المقابل . ومن ثم يكون المنتج هو الناشر للمصنف المشترك كما قدمناه ويكون له حق الاستغلال المالى ، لا باعتباره شريكا فى المصنف ، بـــل باعتبار متنازلا له عن حق الاستغلال . وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

أما الحق الأدبى على المصنف المشترك فيبقى للشركاء ، ولكن يرد عليه قيود ثلاثة :

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٩٦ .
(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٦ .

(القيد الأول) الأصل أن كل شريك فى تأليف المصنف له الحق فى أن يحتم احترام ما قام به من عمل . فلا تمتد اليه يد التغيير أو المسخ ، وله أن يعترض اذا وقع شىء من ذلك . غير أن أصول الفن ، وبخاصة الفن السينمائى ، لها مقتضيات . فتحويل رواية أو قصة أو مسرحية الى فيلم سينمائى يقتضى تحويرا كبيرا يجب ان يراعيه كل شريك يساهم فى عمل الفيلم . وهناك فروق فنية كثيرة بين أصول الفن المسرحى وأصول الفن السينمائى . والمفروض أن كل شريك قد رضى مقدما بأن يحور العمل الفنى الذى قام به تحويرا يجعله ملائما للاندماج فى مجموع العمل الفنى ، على النحو الذى تتطلبه أصول الفن السينمائى . وهذا قيد مفروض على الحق الأدبى لكل شريك فى الا يمس عمله دون اذنه ، وحدود هذا القيد هى كما قدمنا ما تقتضيه أصول الفن والقدر المتعارف بين أهل المهنة . وليس هذا القيد الا توفيقا بين مبدأين متعارضين ، فمن جهة لا يجوز أن يخضع الشريك لمحض تقدير المنتج فيغير هذا فى عمله كما يشاء . ومن جهة أخرى لا يجوز للشريك أن يعطل بمحض تقديره هو انجاز العمل الفنى المشترك ويجب عليه أن يقبل من التحويل فى عمله ما تقتضيه الأصول الفنية المتعارف عليها (١) . أما بعد اتمام عمل الفيلم نهائيا ، فانه يجب احترام الحق الأدبى للشريك احتراما تاما ، فلا يجوز ادخال أى تعديل على عمله أو أى تحوير فيما أداه ، وشأن المنتج مع الشركاء فى ذلك هو شأن الناشر مع المؤلفين . ومن ثم لا يجوز للمنتج ولا لصاحب صالة العرض أن يقص من الشريط ما يقدر أنه غير مناسب لأذواق الجماهير أو أنه أطول مما يجب ، دون اذن من الشريك الذى وقع مساس بعمله من جراء هذا التصرف . ولكن لا يجوز لأى شريك أن يعارض فى تقديم الفيلم للمسابقة بدعوى أن الحكم فى المسابقة لا يوثق به ، مادامت المسابقة جدية ، وما دام الفيلم قد عرض فى المسابقة دون أى

---

(١) انظر فى هذا المعنى ديبوا فى أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٨٤ — فقرة ٣٨٥ .

تغيير أو تحوير (١) .

(القيد الثانى) تنص المادة ٣٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « اذا امتنع أحد المشتركين فى تأليف مصنف سينمائى أو مصنف معد للاذاعة أو التلفزيون عن القيام باتمام مايخصه من العمل، فلا يترتب على ذلك منع باقى المشتركين من استعمال الجزء الذى أنجزه ، وذلك مع عدم الاخلال بما للممتنع من حقوق مترتبة على اشتراكه فى التأليف (٢)» . وجاء فى المذكرة الايضاحية فى خصوص هذا النص : « وقد جاءت المادة٣٣ بحكم تقتضيه أهمية المصنفات السينمائية وما ينفق فى سبيلها من نفقات باهظة ، قد تذهب هباء لمجرد عنت احد المشتركين فى تأليف المصنف السينمائى عن اتمام ما يخصه فى العمل ، فلا يترتب على ذلك منع باقى المشتركين من استعمال الجزء الذى تم ، مع عدم الاخلال بما لمؤلف هذا الجزء من حقوق » . ونرى من ذلك أن هناك قيداً ثانيا على الحق الأدبى للشريك ، فان هذا الحق يقتضى فى الأصل أن يكون للمؤلف حرية تقرير نشر مصنفه ، فان اختار عدم نشره لم يجز نشره بالرغم من ارادته . وهنا نرى أن أحد الشركاء فى المصنف لم يتم العمل الذى وكل اليه ، كأن كان موسيقيا ووضع الموسيقى لبعض مناظر الفيلم دون الباقى ، وكأن كان مؤلف السيناريو وضع السيناريو لبعض أقسام المسرحية دون الأقسام الأخرى . والقواعد العامة تقضى ، فى مثل هذه الأحوال ، أن يكون من اشترك فى عمل الفيلم ولم ينجز عمله بخطأ منه مسئولا اما مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية ، وعليه أن يدفع تعويضا عن الضرر الذى أحدثه . ولكن هل يجوز له ، بدعوى استعمال حقه الأدبى ، أن يعارض فى استعمال الجزء الذى أنجزه ؟ يقرر النص سالف الذكر ألا حق له فى المعارضة ، وعليه أن يسمح باستعمال الجزء الذى أنجزه فى نظير مقابل

---

(١) ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٩٢ وفقرة ٣٩٤ .

(٢) يطابق هذا النص المادة ٣٣ فى المشروع الجديد .

يتقاضاه مناسب لهذا الجزء ، والا كان مسيئا لاستعمال حقه الأدبى . ذلك أن العمل يكلف عادة نفقات باهظة ، فلا يجوز أن يعارض الشريك فى استعمال الجزء الذى أنجزه ، فيضيع على المنتج نفقات قد تكون باهظة دون جدوى ، ودون أن يوجد عند الشريك مبرر لذلك . فيأخذ المنتج اذن الجزء الذى تم — الموسيقى التى تم وضعها أو السيناريو الذى سبق عمله — ويكملها بوساطة شركاء آخرين يقومون باتمام العمل الناقص . والقيد الموضوع على الحق الأدبى هنا ، وهو اجبار الشريك على السماح باستعمال الجزء الذى أنجزه ، انما هو مجرد تطبيق لمبدأ التعسف فى استعمال الحق ، اذ المفروض أنه لا يوجد لدى الشريك مبرر فى المعارضة فى استعمال هذا الجزء ، وليس فى المعارضة الا الحاق الأذى بالمنتج . ويلاحظ أن استعمال الجزء الذى أنجز هو واجب على الشريك لا حق له ، فاذا رأى المنتج أن هذا الجزء لا فائدة فيه فله ألا يستعمله ولا يستطيع الشريك أن يجبره على ذلك ، بل يكون هذا الشريك مسئولا عن التعويض على النحو الذى أسلفناه .

(القيد الثالث) تنص المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للهيئات الرسمية المنوط بها الاذاعة اللاسلكية الحق فى اذاعة المصنفات التى تعرض أو توقع فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر ، وعلى مديرى هذه الأمكنة تمكين هذه الهيئات من ترتيب الوسائل الفنيه اللازمة لهذه الاذاعة . وعلى هذه الهيئات اذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ، ودفع تعويض عادل للمؤلف أو لخلفه ولمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف اذا كان لذلك مقتض » [1] . وجاء فى المذكرة الايضاحية فى خصوص هذا النص : « وقد أباح المشروع للهيئات الرسمية المختصة اذاعة المصنفات عن طريق الاذاعة اللاسلكية ، وأوجب على مديرى

---

(١) يطابق هذا النص المادة ٣٥ فى المشروع الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع الجديد فقد أضاف لفظ « التليفزيون » .

المسارح أو أى مكان عام آخر تعرض فيه المصنفات تمكين هذه الهيئات من اتخاذ الوسائل التى تكفل اذاعتها • وليس المقصود من هذا النص انكار حقوق التأليف ، بل تغليب الصالح العام ورعاية جانب الثقافة العامة • فقد حفظ للمؤلف حقه فى تعويض عادل نظير اذاعة مصنفاته بهذه الوسيلة ، كما أوجب النص على الهيئات الرسمية اذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف وتعويض مستغل المكان الذى يذاع منه المصنف اذا كان لذلك مقتض » • والقيد هنا وارد على الحق الأدبى للمؤلف فى ألا ينشر مصنفه الا اذا أراد ذلك وفى المكان الذى يريده ، ووارد أيضا على الحق المالى للمؤلف أو للناشر من عدم جواز نشر المصنف الا بعد استئذان المؤلف أو الناشر • ويبرر وضع هذا القيد المصلحة العامة ، فقد تقتضى هذه المصلحة ، لأغراض التثقيف أو لغيرها من أغراض فنية ، اذاعة مصنف — فيلم سينمائى أو مسرحية أو أغنية أو غير ذلك من المصنفات — على الجمهور فى الاذاعة اللاسلكية • وقد يمتنع المؤلف أو الناشر عن السماح بذلك ، اما تعنتا أو شططا منه فى تقدير الأجر الذى يطلب تقاضيه • فالمصلحة العامة هنا تتغلب على المصلحة الخاصة للمؤلف أو الناشر ، وتبيح للهيئات الرسمية المنوط بها الاذاعة اللاسلكية أن تذيع المصنف دون اذن من المؤلف أو الناشر أو بالرغم من معارضتهما • ويجب على مديرى الأمكنة العامة التى يعرض فيها المصنف — مديرى المسارح وأصحاب صالات عرض الأفلام السينمائية ونحوهم — أن يمكنوا الهيئات الرسمية من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الاذاعة • وتوفيقا بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمؤلف أو الناشر ، يفرض القانون على الهيئات الرسمية عند استعمالها هذا الحق الاستثنائى التزامين : ١ — دفع تعويض عادل ، يقدره القاضى عند الاختلاف ، للمؤلف أو خلفه أو الناشر ولمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف ، اذا كان لذلك مقتض ولم يؤل المصنف الى الملك العام • ٢ — اذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ، وفى ذلك مراعاة لحق المؤلف الأدبى من وجوب نسبة مصنفه اليه •

٢٠٣ — ٤ — الصور والذين تمثلهم هذه الصور :

وقد قدمنا (١) أنه لا يوجد هنا مصنف مشترك ، ولكن يوجد شخص غير المؤلف تثبت له على المصنف حقوق معينة . تنص المادة ٣٦ من قانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد على ما يأتى : « لا يحق لمن قام بعمل صورة أن يعرض أو ينشر أو يوزع أصل الصورة أو نسخا منها دون اذن الأشخاص الذين قام بتصويرهم ، ما لم يتفق على غير ذلك . ولا يسرى هذا الحكم اذا كان نشر الصورة قد تم بمناسبة حوادث وقعت علنا ، أو كانت تتعلق برجال رسميين أو أشخاص يتمتعون بشهرة عامة ، أو سمحت بها السلطات العامة خدمة للصالح العام . ومع ذلك لا يجوز فى الحالة السابقة عرض صورة أو تداولها ، اذا ترتب على ذلك مساس بشرف الشخص الذى تمثله أو بسمعته أو بوقاره . وللشخص الذى تمثله الصورة أن يأذن بنشرها فى الصحف والمجلات وغيرها من النشرات المماثلة ، حتى ولو لم يسمح بذلك المصور ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك . وتسرى هذه الأحكام على الصور أيا كانت الطريقة التى عملت بها ، من رسم أو حفر أو وسيلة أخرى » (٢) . وجاء فى المذكرة الايضاحية فى خصوص هذا النص : « عرضت المادة ٣٦ لبيان الحكم فى حالة النزاع بين من قام بعمل الصورة والشخص الذى تمثله هذه الصورة بشأن عرض أو نشر أو توزيع أصل الصورة أو نسخ منها ، فقضت بأن صاحب الصورة هو وحده دون المصور صاحب الحق فى الاذن بنشرها فى الصحف والمجلات وغيرها ، وأن صاحب الصورة له الحق فى الاذن بالنشر حتى ولو لم يأذن بذلك المصور ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك . كما علقت حق المصور فى عرض ونشر وتوزيع الصورة أو نسخ منها على اذن الأشخاص الذين تمثلهم الصورة . واستثنت من هذا الحكم حالة نشر الصورة لمناسبة حوادث وقعت

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٩٧ .

(٢) يطابق هذا النص المادة ٣٦ فى المشروع الجديد .

علانية ، أو اذا كانت لرجال رسميين أو ذوى شهرة عامة ، وكذلك اذا كانت السلطات العامة قد أذنت بنشر الصورة لغرض اقتضاء المصالح العام • على أنه لا يجوز فى هذه الأحوال عرض الصورة أو تداولها ، اذا ترتب على ذلك مساس بشرف الشخص الذى تمثله أو بسمعته أو بوقاره • وسوت الفقرة الأخيرة من هذه المادة فى الحكم بين جميع الصور مهما اختلفت وسائلها ، من رسم أو حفر أو نحت أو غيرها » •

والأصل أن المصور له حق المؤلف على الصورة التى عملها ، سواء كان عمل الصورة عن طريق الفوتوغرافيا أو التصوير أو الرسم أو النحت (تمثال) أو الحفر أو غير ذلك من الوسائل ، وقد تقدم بيان ذلك (١) • ومقتضى أن له حق المؤلف أن يكون هو وحده الذى يحق له عرض الصورة أو نشرها أو توزيعها ، أصلا ونسخا • ولكن يقيد من هذا الحق ، اذا كانت الصورة لانسان ، أن الصورة تمثل شخصا قد تكون عنده أسباب وجيهة فى عدم نشر الصورة ، وهذه الأسباب متروكة لمحض تقديره • لذلك لا يجوز للمصور أن ينشر الصورة أو نسخا منها دون ترخيص من صاحب الصورة ، اما باتفاق سابق أو اذن لاحق (٢) • على أنه يجوز للمصور أن ينشر الصورة دون ترخيص من صاحبها ، اذا كان النشر قد تم بمناسبة حوادث وقعت علنا كما اذا نشر صاحب الجريدة أو المجلة صورة محاضر فى مناسبة أنه ألقى محاضرة علنية • أو كانت الصورة تتعلق برجال رسميين ، كما اذا نشرت صورة رئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو أحد الوزراء أو أحد رجال البرلمان أو غيرهم من الرجال الرسميين فى الصحف والمجلات فى مناسبة حادث وقع لهم أو عمل صدر منهم أو فى مناسبة خلقها الصحفى بنفسه • أو كانت الصورة

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٧٨ — نظرة ١٨٢ •

(٢) ويفرض فى الموديلات (النساء العرايا) الذين يجلسون للتصوير ويتقاضون أجرا على ذلك ، انهم أننوا مقدما فى نشر صورهم (ديبوا فى انسيكلوبيدى دالloz ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٢١١ — فقرة ٢١٤) •

تتعلق بأشخاص يتمتعون بشهرة عامة ، كما اذا نشرت الصحف والمجلات صورة عالم مشهور فى مناسبة اختراع كشفه أو كتاب نشره • أو سمحت بنشر الصورة السلطات العامة خدمة للصالح العام ، كما اذا نشرت الصحف باذن من السلطات العامة صورة متهم مختف يطلب البحث عنه والقبض عليه • ويلاحظ أنه ، فيما عدا الفرض الأخير ، حيث تتغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، لا يجوز نشر الصورة بغير اذن صاحبها اذا ترتب على النشر مساس بشرف الشخص الذى تمثله أو بسمعته أو بوقاره ، كما اذا نشرت الصحف خبر جريمة وقعت على العرض أو السمعة أو الوقار ونشرت فى الوقت ذاته صورة الشخص الذى وقعت عليه الجريمة •

أما صاحب الصورة نفسه فله أن يأذن فى نشرها فى الصحف والمجلات وغيرها من النشرات المماثلة ، حتى لو عارض المصور فى ذلك بحجة أنه هو وحده صاحب الحق فى النشر • ذلك أن هناك حقين على الصورة ، حق المصور (أى المؤلف) وحق صاحب الصورة • والحق الأخير يتغلب على الحق الأول ، ولذلك لا يجوز للمصور فى الأصل أن ينشر الصورة دون اذن صاحبها ، ويجوز لصاحب الصورة أن ينشرها دون اذن المصور • ومع ذلك يجوز للمصور أن يتفق مع صاحب الصورة على أنه لا يجوز نشر الصورة الا باذن من المصور ، أو على أنه يجوز لأى منهما نشر الصورة دون اذن الآخر •

الفــــرع الثـــانى

حقوق المؤلف وطرق حمايتها

المبحث الأول

حقــوق المؤلف

٢٠٤ — الحق المالى والحق الأدبى :

تنص المادة ٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده الحق فى تقرير نشر مصنفه ، وفى تعيين طريقة هذا النشر ٠ وله وحده الحق فى استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون اذن كتابى سـابق منـه أو ممن يخلفه » (١) ٠ وجاء فى المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : « لم يعن المشروع كما سبق القول بتعريف الطبيعة القانونية لحق المؤلف ، الا أنه لم يغفل استظهار حق المؤلف الأدبى وحقه المادى على مصنفه ٠ فبين أن للمؤلف دون سواه الحق فى تقرير نشر مصنفه وفى تحديد طريقة هذا النشر ... وحق المؤلف المادى أو المالى هو حقه فى استغلال مصـنفاته على أية صورة من صـور الاستغلال » ... وجاء فى صـدر المذكـرة الايضاحية أيضا ما يأتى : « ثم ان حق المؤلف يتناول ناحية أدبية بحتة ، تخول للمؤلف وحده حق تقرير نشر مصنفه على الجمهور ونسـبته الى نفسه وسحبه من التداول والزام الغير باحترام مصنفه فلا يجوز للغير أن يجرى فيه بالاضافة أو الحذف أو التحوير ، وذلك كله رغم النزول عن المصنف ، وهذا ما يعبر عنه بالحق الأدبى (droit moral) ، كما أن حق المؤلف يتناول أيضا ناحية مادية اذا ما قرر المؤلف نشر مصنفه يجعل هذا الحق يدخل فى ذمته المالية ، وهو مايعبر عنه بالحق المادى (droit pécuniaire) ٠

---

(١) يطابق هذا النص المادة ٥ فى المشروع الجديد .

لذلك قال البعض بأن للمؤلف حقين منفصلين مستقلين كلا منهما عن الآخر ، وتلك هى الازدواج (système dualiste) وقد لاقت هذه النظرية نجاحا ، لانها تبدو وسيله لتفسير المظاهر المشتبكة لحق المؤلف • وقال البعض الآخر ان حق المؤلف لا يمكن أن ينقسم ، كما أنه لا يدخل فى ذمته المالية ، لأن مصدر الايراد فى استغلال المصنف هو المصنف ذاته ، وهو مظهر شخصية المؤلف لا ينفصل عنها • وليس هذا الايراد الا كمثل أرباح السهم تدخل فى ذمة المؤلف المالية ، الا أن حقه على الأرباح هو حقه على المصنف ذاته ، وتلك هى نظرية الوحدة (système unitaire) • ولما كانت نظرية الوحدة تربط حق المؤلف بشخصيته ، وتنزع عن هذا الحق صفة الاحتكار المادى وتغلب ناحيته الأدبية ، فان الأخذ بهذه النظرية يفيد جمهرة المؤلفين ، ويضحى بمصلحة المتعاملين معهم وأحيانا بمصلحة الجماعة ، اذ يصبح من المتعذر اخضاع مثل هذا الحق وقد امتزج بشخصية صاحبه لاستيلاء الدولة مثلا • وقد رؤى فى المشروع المطروح لهذه الاعتبارات عدم التقيد بنظرية معينة ، وعدم ايراد نص لتعريف طبيعة حق المؤلف القانونية ، على أن يترك ذلك لاجتهاد القضاء ورجال الفقه ، وخاصة وان مثل هذه النظريات تخضع لتطور دائم متصل بتطور الجماعة الانسانية ذاتها ، فحيث تعلو النظرية الفردية أو تفتر أو تتخذ الانسانية مبادىء مغايرة فى تأسيس نظمها الاجتماعية وتنظيم علاقة الفرد بالمجتمع وتقدير أثر كل منهما على الآخر ، يميل المشروع أو يصدف عن مشايعة نظرية دون أخرى • ومع ذلك فقد عنى المشروع بايراد حق المؤلف فى صوره المعنوية والأدبية وكذلك فى صوره المادية ، مراعيا فى كل ذلك اعتبارين أساسيين لا يمكن اغفالهما ، وهما حماية النشاط الفكرى للانسان وتأمين مصلحة الدولة » •

ونرى مما تقدم أن هناك مذهبين فقهيين ، مذهب وحدة حق المؤلف ومذهب ازدواج هذا الحق •

أما أنصار مذهب وحدة حق المؤلف ، فيقولون ان الحق الأدبى

والحق المالى للمؤلف ليسا حقين مستقلين أحدهما عن الآخر ، بل هما جانبان مختلفان من حق واحد • فليس للمؤلف الا حق واحد على مصنفه ، هو الحق المستمد من صنعه اياه • وهذا الحق الواحد له جانب أدبى (moral) وجانب مالى (pécunisire, patrimonial) ، وكل من الجانبين يؤثر فى الجانب الآخر ويتأثر به • وليس هذا الحق الواحد هو من حقوق الشخصية المحضة ، اذ هو منفصل عن شخص المؤلف ، ولا يظهر الا حيث يتجسد فى شكل معين من كتابة أو كلام أو رسم أو لحن أو غير ذلك ، فينفصل عن شخص مؤلفه ويعد للنشر • فالمصنف اذن له ذاتية منفصلة عن ذاتية المؤلف ، وحق المؤلف محله هو هذا المصنف ذاته وليس ذاتية المؤلف • ولهذا وجهان • فهو تارة تكون له قيمة مالية عند نشر المصنف ، فيكون للمؤلف وحده حق استغلاله والتعاقد مع أحد الناشرين على هذا الاستغلال أو استغلاله مباشرة بنفسه • وعند ذلك يصبح حق المؤلف حقوقا مالية ، ويصبح هذا الحق مع قيامه على محل غير مادى ذا قيمة مادية (droit pécuniaire, patrimonial) وهو طورا يتمثل حقا على المصنف الذى هو نتاج فكر المؤلف ، فيكون للمؤلف حق دفع الاعتداء عن نتاج فكره ، بل ان له حق تعديله وحق سحبه ، وعندئذ يصبح الحق حقا أدبيا (droit moral) • فينتهى حق المؤلف الى أن يكون حقا غير مادى وان كان له جانب مالى ، نظيره فى ذلك حق ولاية الأب ، فان هذا الحق أيضا غير مادى وله جانب مالى هو حق الأب فى الانتفاع بمال ولده (١) •

والصحيح أن مذهب ازدواج حق المؤلف هو المذهب الذى يتلاءم مع طبيعة الحق وتكييفه القانونى • فالقول بأن حق المؤلف حق واحد له جانبان فيه اغفال لحقيقة واضحة ، هى أن هذين الجانبين يختلفان

---

(١) انظر من هذا الراى بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٤٧٦ — Nast فى تعليقه على حكم محكمة باريس فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨ — ١٨٦ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٤ ص ٣١٢ — ص ٣١٣ •

أحدهما عن الآخر اختلافا جوهريا فى طبيعة كل منهما وفى الأحكام التى تسرى على كل جانب • فالجانب المالى من حق المؤلف هو حق مستقل قائم بذاته ، له طبيعته الخاصة • فهو ، كما قدمنا (١) • حق عينى أصلى ، وهو مال منقول • أما الجانب الأدبى من حق المؤلف ، فهو ليس بحق عينى ، وليس بمال أصلا • بل هو حق من حقوق الشخصية ، مثله فى ذلك مثل حق الأبوة ، وكما أن الأب له حق الأبوة على ابنه ، كذلك المؤلف له حق الأبوة على مصنفه • ثم ان الحق المالى للمؤلف يختلف عن حقه الأدبى فى الأحكام التى تسرى على كل من الحقين • فالحق المالى يجوز النزول عنه ، وهو حق موقت ينقضى بعد مدة معينة من موت المؤلف • أما الحق الأدبى فعلى النقيض من ذلك حق لا يجوز النزول عنه ، وهو حق دائم ينتقل بالميراث ويبقى حتى بعد انقضاء مدة الحماية التى منحها القانون للحق المالى • ففيم اذن القول بأن هذين الحقين الذين يختلفان الى هذا الحد ، فى الطبيعة وفى الأحكام ، ليسا الا جانبين لحق واحد ! واذا كان ولاية الأب كما يقول أنصار الوحدة ، بل هو حق الأبوة ، فقد قدمنا أن للمؤلف حق أبوة على مصنفه ، والمصنف فى وضع يناظر تماما وضع الولد من أبيه • وكما أن حق الأبوة هو من الحقوق المتعلقة بالشخصية ويقترن به حق مادى يستقل عنه هو حق الارث وحق النفقة ، كذلك الحق الأدبى للمؤلف هو من حقوق الشخصية ويقترن به حق مادى يستقل عنه هو حق الاستغلال المادى •

فنحن اذن ، للاعتبارات التى قدمناها ، من أنصار مذهب الازدواج واستقلال الحق المالى عن الحق الأدبى (٢) • ولما كان الحق المالى

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٦ •

(٢) انظر من هذا الرأى : نقض فرنسى ١٦ اغسطس سنة ١٨٨٠ سيريه ٨١ — ١ — ١٥ مع تعليق ليون كان — ٢٥ يونيه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٥ مع تعليق كولان — ١٤ مايو سنة ١٩٤٥ داللوز ١٩٤٥ — ٢٨٥ مع تعليق دييوا — دييوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٥١ .

وانظر من هذا الرأى فى الفقه المصرى : شفيق شحاتة فقرة ١٦٢ — فقرة ١٦٣ — محمد على عرفة فقرة ٣٧٥ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٩٠ =

للمؤلف هو الحق البارز فى التعامل ، فنبدأ به . وهو حق يدوم طول حياة المؤلف ، ثم ينتقل لى ورثته من بعده فيبقى فى ذمتهم المالية مدة أخرى حددها القانون . فنعالج اذن مسائل ثلاثا : ١ — الحق المالى فى أثناء حياة المؤلف . ٢ — الحق المالى بعد موت المؤلف . ٣ — الحق الأدبى للمؤلف .

المطلب الأول

الحق المالى فى أثناء حياة المؤلف

٢٠٥ — نطاق الحق المالى وجواز التصرف فيه :

قدمنا (١) أن المادة ٥/٢ من قانون حماية حق المؤلف تقضى بأن للمؤلف وحده الحق فى استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون اذن كتابى سابق منه أو ممن يخلفه (٢) . وتنص المادة ٦ من نفس القانون على ما يأتى :

= (والمدخل للقانون الخاص فقرة ٢٦٦) — حسن كيرة فى أصول القانون فقرة ٢٥٦ ص ٦٤٩ وفقرة ٢٥٩ — اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٥٨ وص ٧٣ — منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٧٦ .

(١) انظر آنفا فقرة ٢٥٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن للمؤلف وحده الحق فى استغلال مصنفه ماليا بالطريقة التى يراها فلا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق بغير اذن منه والا كان عمله عدوانا على الحق الذى اعترف به الشارع للمؤلف واخلالا به وبالتالى عملا غير مشروع وخطأ يستوجب مسئولية فاعله عن تعويض الضرر الناشيء عنه (نقض مدنى فى ٢١ اكتوبر سنة ١٩٦٠ مجموعة احكام النقض السنة ١٢ رقم ٩٣ صفحة ٦٠٢) .

كما قضت محكمة النقض بأن حق استغلال المصنف ماليا هو للمؤلف وحده ، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون اذن سابق منه أو ممن يخلفه . وللمؤلف وحده أن ينقل الى الغير الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المقررة له كلها أو بعضها ، وأن يحدد فى هذه الحالة مدة استغلال الغير لما تلقاه عنه من هذه الحقوق . ومقتضى ذلك أن المؤلف حر فى أن يجيز لمن يشاء نشر مؤلفه وأن يمنعه عمن يشاء ، وفى أن يسكت على الاعتداء على حقه اذا وقع من شخص ، ولا يسكت عليه اذا تكرر من نفس المعتدى أو وقع من غيره ، وذلك دون أن يعتبر سكوته فى المرة الأولى مانعا له من مباشرة حقه فى دفع الاعتداء فى المرة الثانية ما دام هذا الحق قائما ولما ينقض (نقض مدنى ٧ يولية سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ١٥ رقم ١٤١ ص ٩٢٠ — وانظر =

« يتضمن حق المؤلف فى الاستغلال : (أولا) نقل المصنف الى الجمهور مباشرة بأية صورة ، وخاصة بأحدى الصور الاتية : التلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقى أو التمثيل المسرحى أو العرض العلنى أو الاذاعة اللاسلكية للكلام أو الصوت أو الصور ، أو العرض بواسطة الفانوس السحرى أو السينما ، أو نقل الاذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التليفزيون بعد وضعها فى مكان عام (ثانيا) نقل المصنف الى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون فى متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى أو الصب فى قوالب أو بايه طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافى أو السينمائى [١] • وتقضى المادة ٣٧ من نفس القانون ، كما سنرى ، بان للمؤلف أن ينقل الى الغير الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المتقدمة الذكر •

ويتبين من ذلك أن نطاق الحق المالى للمؤلف يتناول نقل المصنف الى الجمهور بطريق غير مباشر بنسخ صور منه ونشرها وهذا هو الغالب ، كما يتناول نقل المصنف الى الجمهور بطريق مباشر بالأداء العلنى • وللمؤلف أن يتصرف فى حقه المالى للغير ، ويكون ذلك عادة عن طريق عقد النشر •

فهناك مسائل ثلاث :

١ — النشر أو نسخ نماذج أو صور للمصنف (النقل غير المباشر للجمهور) •

٢ — الأداء العلنى (النقل المباشر للجمهور) •

٣ — تصرف المؤلف فى حقه المالى •

= أيضا نقض مدنى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة احكام النقض ١٢ ص ٦٠٢) •

(١) يطابق هذا النص المادة ٦ فى المشروع الجديد ، مطابقة تامة فى المعنى ومطابقة تكاد تكون تامة فى اللفظ •

١ — النشر أو نسخ نماذج أو صور للمصنف

(النقل غير المباشر للجمهور)

٢٠٦ — مضمون حق النشر :

للمؤلف حق نشر مصنفه ، بنفسه أو بواسطة غيره ، وذلك عن طريق نقل المصنف الى الجمهور بطريق غير مباشر • ويكون ذلك بنسخ نماذج أو صور للمصنف تكون فى متناول الجمهور ، فيجوز لأى فرد أن يحصل على نسخة من المصنف ، بمقابل كما هى العادة أو بغير مقابل كما يقع أحيانا • ولا يجوز لغير المؤلف ، دون اذن كتابى من المؤلف — ويعطى الاذن عادة عن طريق عقد النشر — أن ينشر المصنف على هذا النحو •

وللنشر ، على الوجه الذى بسطناه ، وسائل مختلفة • وتتصل به رخص واباحات لا تدخل فى مضمونه ، ومن ثم يجوز للغير ، ولو بدون اذن المؤلف ومن غير مقابل ، مباشرة هذه الرخص والاباحات • ويمتد حق النشر ، ليس فحسب الى نسخ صور من المصنف مطابقة للأصل ، بل أيضا الى الاشتقاق من المصنف عن طريق الشرح والتعليق والتحوير والتحويل والترجمة وغير ذلك من طرق الاشتقاق •

فهناك مسائل ثلاث تتعلق بحق النشر : ١ — الوسائل المختلفة للنشر • ٢ — الرخص والاباحات التى لا تدخل فى مضمون حق النشر • ٣ — مشتقات المصنف الأصلى التى تدخل فى مضمون حق النشر •

٢٠٧ — الوسائل المختلفة للنشر :

تقول المادة ٦ (ثانيا) سالفة الذكر بأن النشر يكون بنقل المصنف الى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون فى متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى أو الصب فى قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافى أو

السينمائى (١) • وواضح من العبارات المتقدمة أن الوسائل التى وردت فى النص ليست مذكورة على سبيل الحصر ، بل هى على سبيل التمثيل •

وأول وسيلة للنشر وردت فى النص هى طريق الطباعة • ذلك أن الطباعة هى الطريق العادى للنشر فى المصنفات الأدبية والعلمية ، بل ان اختراع المطبعة هو الذى هيأ لحق المؤلف فى الظهور كما سبق القول (٢) • فبالطباعة يمكن اعداد عدد كبير من النسخ ، يصل الى الألوف بل الى مئات الألوف ، للمصنف الأدبى أو العلمى • ويستطيع المؤلف ، عن طريق بيع هذه النسخ للجمهور بنفسه أو بواسطة غيره (كناشر) ، ان يحصل على مبلغ من المال يمثل حقه المالى فى استغلال مصنفه • واعداد نسخ من المصنف لا يشترط فيه حتما حتى يكون خاضعا لحق النشر ان يكون بطريق المطبعة ، بل يجوز أن يكون بطرق أخرى ، كالنسخ باليد والنسخ بالآلة الكاتبة ، والنسخ بطريق التصوير الفوتوغرافى والميكروفيلم ، والنسخ بطريق الاختزال (stenographie) والنسخ بطريقة Braille لمكفوفى النظر •

واعداد نسخ من المصنفات الفنية ، كالصور والتماثيل والرسوم والزخارف ، يكون عادة بالطرق الأخرى التى وردت فى النص ، وهى الرسم والحفر والتصوير الفوتوغرافى والميكروفيلم والصب فى قوالب وأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة •

بقى طريقان ذكرهما النص ، وهما النشر السينمائى والنشر

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد : « وحق المؤلف المادى او المالى هو حقه فى استغلال مصنفاته على أية صورة من صور الاستغلال ، ويتم هذا الاستغلال عن طريق نقل المصنف الى الجمهور طريق مباشر او غير مباشر . . . إما النقل غير المباشر ، فيتم عن طريق نسخ المصنف بواسطة الطباعة او الرسم او الحفر أو التصوير او الصب فى قوالب أو بأية طريقة اخرى من طرق الفنون التخطيطية او المجسمة عن طريق النشر الفوتوغرافى او السينمائى . ويسمى حق النقل غير المباشر حق عمل نماذج من المصنف » .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٦٧ .

الفوتوغراف • وهذان الطريقان يصلحان لنشر المصنفات المسرحية والروايات والقصص بعد تحويلها الى مسرحيات فيما يتعلق بالنشر السينمائى ولنشر المصنفات الموسيقية والمسرحيات الغنائية فيما يتعلق بالنشر الفوتوغرافى • وتسجيل الصوت فى الاسطوانات الفوتوغرافية هو بمثابة طبع نسخ من المصنف ، فيعتبر من قبيل النشر عن طريق نسخ صور من المصنف أى من قبيل نقل المصنف الى الجمهور بطريق غير مباشر ، لا من قبيل الأداء العلنى وهو نقل المصنف الى الجمهور بطريق مباشر • ومثل التسجيل فى الأسطوانات الفوتوغرافية التقاط المناظر فى الأفلام السينمائية ، سواء كانت الأفلام صامتة أو ناطقة ، فكلا الطريقين هو من قبيل نقل المصنف الى الجمهور بطريق غير مباشر •

يضاف الى الطرق المتقدمة طريق لم يرد ذكره فى القانون بين طرق نقل المصنف الى الجمهور بطريق غير مباشر ، وهذا الطريق هو طريق التسجيل اللاسلكى (enregistrement radiophonique) والتليفزيونى • وقد ذكر القانون ، كما رأينا ، الاذاعة اللاسلكية بين طرق الأداء العلنى المباشر . ولكنه لم يذكر التسجيل اللاسلكى والتليفزيونى بين طرق النقل الى الجمهور بطريق غير مباشر •

ويلاحظ أخيرا أنه يمكن القول بأن من حصل على نسخة من مصنف ، سواء حصل عليها من المؤلف أو من الناشر ، بمقابل أو بغير مقابل ، من غير أن تنتقل اليه حقوق النشر ، لا يجوز له استعمال هذه النسخة الا لمنفعته الشخصية ولمنفعة من يلوذ به من ذويه • فله أن يقرأ نسخة الكتاب التى اشتراها وأن يشاهد الفيلم الذى استأجره وأن يسمع الأسطوانة التى حصل عليها ، وله أن يعير الكتاب أو الفيلم أو الأسطوانة لبعض أصدقائه ، وأن يبيعها فيكون للمشترى نفس الحقوق التى للبائع • ولكن ليس له أن يباشر على النسخة حقوق المؤلف أو الناشر لأن هذه الحقوق لم تنتقل اليه كما قدمنا ، فليس له أن يذيع

الأسطوانة على الجمهور بطريق الأداء العلني (١) ، ولا أن يعرض الفيلم على الجمهور في صالة من صالات العرض (٢) .

٢٠٨ — الرخص والاباحات التي لا تدخل في مضمون النشر :

وقد أورد قانون حماية حق المؤلف سلسلة من الرخص والاباحات لا تدخل في مضمون حق النشر ، فتجوز مباشرتها دون اذن المؤلف ودون مقابل . ونعرض لها على الترتيب الآتي : (أولا) النقل للاستعمال الشخصي . (ثانيا) النشر على سبيل الاخبار . (ثالثا) النقل لتأييد ما هو منشور أو للمناقشة والنقد (٣) .

٢٠٩ — أولا — النقل للاستعمال الشخصي :

تنص المادة ١٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « اذا قام شخص بعمل نسخة واحدة من مصنف تم نشره ، وذلك لاستعماله الشخصي ، فلا يجوز للمؤلف أن يمنعه من ذلك » (٤) . والمفروض هنا أن شخصا استعار مثلا نسخة من مصنف أدبي أو علمي أو فني أو

---

(١) استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ .

(٢) ولكن هذا الحكم مختلف فيه ، فهناك من يرى أنه حتى يحق للمؤلف أن يمنع مشترى الأسطوانة مثلا من اذاعتها على الجمهور ، يجب عليه أن يجعل الناشر — أي بائع الأسطوانة — يشترط ذلك صراحة على المشترى لمصلحة المؤلف ، فتجرى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير . أما أن يكون للمؤلف هذا الحق دون اشتراط ، فهذا يقتضي أن يكون للمؤلف حق لم ينص عليه القانون ، وحقوق المؤلف محصورة فيما نص عليه القانون (انظر في هذه المسألة دبيوا في انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٩٣ ، دبيوا فقرة ٤٣٢ وما بعدها) .

(٣) وجاء في المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد : « جاء المشروع بقيود على حق المؤلف يمليها الصالح العام ، لأن للهيئة الاجتماعية حقا في تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري ، فلا تحول دون بلوغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين ، ذلك لأن الأجيال الانسانية المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من آثار في تكوين المؤلفات » .

(٤) يطابق النص المادة ١٢ في المشروع الجديد ، مطابقة تامة في المعنى ، ويكاد يكون مطابقا له في اللفظ .

موسيقى ، ولما كان لا يريد أو لا يستطيع الحصول على هذه النسخة ملكا له ، فقد لجأ الى نسخ صورة منها بأية طريقة من طرق النسخ — خط اليد أو الآلة الكاتبة أو الفوتوغرافيا أو التسجيل بالنسبة الى الاسطوانات والأفلام أو غير ذلك — دون أن يقصد نشر ما نسخه اذ ليس له حق النشر دون اذن المؤلف . وانما قصد استعمال النسخة التى نقلها استعمالا شخصيا ، فتحل محل النسخة التى استعارها بعد أن يرد هذه لصاحبها . وهذه رخصة أباحها القانون بنص صريح كما نرى ، اذ الناقل هنا لم يعتد على حق النشر الثابت للمؤلف فهو لا يقصد نشر النسخة التى نقلها على الجمهور كما قدمنا ، وانما قصد أن يقصر هذه النسخة على استعماله الشخصى . وهو بعمله هذا لم يضع على المؤلف أو الناشر الا ثمن نسخة واحدة ، وهذه خسارة هينة الى جنب ما للهيئة الاجتماعية من حق « فى تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى ، فلا تحول دون بلوغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين، ذلك لأن الأجيال الانسانية المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من آثار فى تكوين المؤلفات » (المذكرة الايضاحية) ، ويلاحظ أنه بالنسبة الى المصنفات الفنية يكون مفهوم الاستعمال الشخصى أضيق منه فى المصنفات الأدبية والعلمية والموسيقية ، فغير مسموح دون اذن المؤلف أن ينقل الشخص نسخة من صورة أو تمثال الا لغرض الدرس والبحث الفنى ، أما اذا كان النسخ لغرض الحصول على نسخة من المصنف الفنى للاستمتاع بها والاستحواذ عليها كمصنف فنى يستعيض به عن الأصل الذى نقل عنه ، فهذا لا يجوز (١) .

وتنص المادة ١١ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع ايقاعه أو تمثيله أو القاءه فى اجتماع

---

(١) ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٨٤ .

عائلى أو فى جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، مادام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى . ولموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى الحق فى ايقاع المصنفات من غير أن تلزم بدفع أى مقابل عن حق المؤلف ، مادام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى » (١) . وظاهر أن استعمال المصنف فى اجتماعات خاصة كالتى أشار اليها النص ، أو فى الفرق الموسيقية التابعة للأشخاص العامة ، هو من قبيل الاستعمال الشخصى، مع شىء من التوسع فى مفهوم هذا الاستعمال . فلا يستطيع المؤلف اذن ، بعد أن ينشر مصنفه ، أن يمنع من ايقاعه اذا كان مصنفا موسيقيا ، أو من تمثيله اذا كان مصنفا مسرحيا ، أو من القائه اذا كان مصنفا أدبيا شعرا كان أو نثرا ، اذا كان ذلك يقع فى اجتماعات خاصة لا يتقاضى فيها رسم أو مقابل ، وذلك كالاجتماعات العائلية أو الجمعيات الأدبية أو الرياضية أو النوادى الخاصة أو الحفلات المدرسية . ذلك أن هذه الاجتماعات الخاصة تخدم فى العادة الآداب والفنون والموسيقى ، ولا تتقاضى أجرا عن خدماتها ، فوجب تشجيعها بمنحها

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ومن القيود الواردة على حق المؤلف ما نصت عليه المادة ١١ فقرة أولى من حق الغير فى ايقاع المصنفات أو تمثيلها أو القائها فى اجتماعات خاصة ، كالاجتماعات العائلية واجتماعات الجمعيات أو المنتديات أو المدارس ، دون تعويض للمؤلف . وكذلك ما نصت عليه المادة المذكورة فى فقرتها الثانية من حق فرق موسيقى القوات العسكرية ولما فى حكمها من الفرق النظامية التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى فى ايقاع المصنفات الموسيقية ، دون تعويض للمؤلف أيضا ، مادام لا يحصل فى الحالتين رسم أو مقابل مالى من جمهور المستمعين » .

ويقابل النص المادة ١١ فى المشروع الجديد . والنصان متطابقان فى المعنى ، ويكادان يكونان متطابقين فى اللفظ . وذلك فيما عدا أن المشروع الجديد استثنى صراحة من فرق الموسيقى الرسمية « فرق الاذاعة اللاسلكية والتليفزيون » فهذه لها حكم خاص نصت عليه المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف فيما قدمناه (انظر آنفا فقرة ٢٠٢ . وانظر كذلك المادة ٣٥ من المشروع الجديد) .

الحق فى أداء مصنف قد سبق نشره ، وذلك عن طريق الأداء العلنى بالايقاع أو التمثيل أو الالقاء . ويلاحظ أن الرخصة هنا تتناول الأداء العلنى دون النشر (١) .

ويلحق بالاجتماعات الخاصة ، وان كان فى هذا أيضا شىء من التوسع ، الفرق الموسيقية التابعة للقوات المسلحة ، والتابعة للدولة بوجه عام أو للأشخاص العامة الأخرى كالبلديات . فلهذه الفرق الموسيقية ، دون اذن المؤلف أو الناشر ودون مقابل ، ايقاع المصنفات الموسيقية المنشورة بشرط ألا تتقاضى رسما أو مقابلا عن ذلك . ويستثنى من هذه الفرق الموسيقية الهيئات الرسمية المنوط بها الاذاعة اللاسلكية والتليفزيونية ، فهذه هيئات تحترف فيما تحترف اذاعة الموسيقى . ولذلك وجب أن تدفع أجرا للمؤلف أو الناشر عما تذيعه منها ، وأن تحصل على الاذن فى الاذاعة . ولكن فيما يتعلق بالمصنفات التى توقع أو تعرض فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر ، قدمنا أن المادة ٣٥ من قانون حماية حق المؤلف تجعل الحق لهذه الهيئات فى اذاعة هذه المصنفات ، ولو بغير موافقة المؤلف أو الناشر ، بشرط أن تدفع تعويضا عادلا للمؤلف أو الناشر ولمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف ، وبشرط أن تذيع اسم المؤلف وعنوان المصنف ،وقد سبق تفصيل القول فى ذلك (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بالا تلازم بين صفة المكان وصفة الاجتماع من حيث الخصوصية والعمومية ، اذ قد يقام حفل عام فى مكان خاص ، كما قد يحصل العكس فيؤجر مكان عام لعقد اجتماع خاص . واذا كان ما سجله الحكم المطعون فيه من أن النادى كان يعلن عن حفلاته بنشرات عديدة فى الصحف اليومية ، ويذكر فيها ان الدخول مباح مقابل مبلغ يحدده كرسم دخول ، فان هذه الوقائع تضفى على الحفلات صفة الاستغلال التجارى وتنأى به عن صفة الخصوصية . اذ يشترط لاضفاء هذا الوصف على الحفلات التى تحييها الجمعيات والمنتديات الخاصة ان يقتصر الحضور فيها على الأعضاء ومدعويهم ممن تربطهم بهم صلة وثيقة ، وأن تفرض رقابة على الدخول ، وأن تتجرد هذه الحفلات من قصد الكسب المادى مما يقتضى عدم تحصيل رسم أو مقابل مالى نظير مشاهدتها (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض ١٦ رقم ٣٦ ص ٢٢٧) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٢ .

٢١٠ — ثانيا — النشر على سبيل الاخبار :

تنص المادة ١٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى :

« يجوز ، دون اذن المؤلف ، أن ينشر ويذاع ، على سبيل الاخبار ، الخطب والمحاضرات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية للهيئات التشريعية والادارية والاجتماعات العلمية والأدبية الفنية والسياسية والاجتماعية والدينية ، ما دامت هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث موجهة الى العامة • ويجوز أيضا ، دون اذن منه ، نشر ما يلقى من مرافعات قضائية علنية فى حدود القانون » (١) • وهنا يكون النشر عادة عن طريق الصحف والمجلات والنشرات الدورية والاذاعة اللاسلكية والتليفزيون ، وما الى ذلك من طرق النشر المختلفة • وظاهر أن النشر انما هو سبيل الاخبار ، فالمقصود أن يطلع الجمهور على خطب ومحاضرات وأحاديث ألقيت علنا ، وهى تهم الجمهور لأنها ألقيت فى هيئات تشريعية أو ادارية أو فى اجتماعات أدبية أو اجتماعية أو فنية أو دينية أو سياسية • والصحافة ووسائل الاعلام الأخرى لا تقوم بمهمتها كاملة اذا هى أغفلت نشر هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث • ومن ثم وجب أن تمكن من ذلك ، بأن يباح لها النشر ، دون حاجة الى اذن من ألقوا هذه الخطب والمحاضرات والأحاديث ، ودون أن يتقاضى هؤلاء أى مقابل على ذلك • ويحسبهم أن النشر يساعد على انتشار أفكارهم بين الجمهور • ويسرى هذا الحكم ، وللاعتبارات نفسها ، على المرافعات القضائية العلنية ، ما دام نشرها لا يخالف القانون •

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : « واخيرا فقد اجازت المادة ١٥ نشر واذاعة ما يلقى فى الجلسات العلنية للهيئات التشريعية او الادارية او فى الاجتماعات العلمية ، والأدبية والفنية والسياسية والدينية ، من خطب او محاضرات او احاديث ، ما دامت موجهة الى الكافة ، وكذلك المرافعات القضائية العلنية فى حدود القانون ، وذلك كله دون اذن من المؤلف » .

ويقابل النص فى المشروع الجديد المادة ١٥ . والنصان متطابقان تطابقا تاما فى المعنى ، وتطابقا يكاد تاما فى اللفظ .

وتنص المادة ١٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي :

« لا يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنقل المقالات العلمية أو الأدبية أو الفنية أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التى تنشر فى الصحف والدوريات الأخرى ، دون موافقة مؤلفيها . ولكن يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنشر مقتبسا أو مختصرا أو بيانا موجزا عن المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص ، بغير اذن من مؤلفيها ، وبغير انقضاء المدة المنصوص عليها بالمادة الثامنة من هذا القانون . ويجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنقل المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو العلمية أو الدينية التى تشغل الرأى العام فى وقت معين ، ما دام لم يرد فى الصحيفة ما يحظر النقل صراحة . ولا تشمل الحماية المقررة فى هذا القانون الأخبار اليومية والحوادث المختلفة التى لها طبيعة الأخبار العادية . ويجب دائما ، فى حالة النقل أو نشر اقتباس أو غيره مما ذكر بالفقرات السابقة ، ذكر المصدر بصفة واضحة واسم المؤلف ان كان قد وقع مؤلفه » (١) . ويؤخذ من هذا

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : « ومن هذه القيود ايضا حق الجرائد او المجلات او النشرات الدورية فى نقل المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية او الاقتصادية او العلمية او الدينية التى تشغل الراى العام فى وقت معين ، مادام لم ينص صراحة على حظر النقل (م ١٤/٣) . ومن الطبيعى الا تشمل الحماية ايضا الأخبار اليومية والحوادث المختلفة التى لها طبيعة الأخبار العادية (م ١٤/٤) ... ولم يغفل المشروع فى كافة هذه الصور رعاية الحق الأدبى للمؤلف ، فأوجب ذكر اسمه والمصدر الذى ينقل عنه على صورة واضحة ، كما حفظ للمؤلف حقه الخالص فى نشر مجموعات خطبه او مقالاته (م ١٦) . وقد حرص المشروع ، رعاية لحق المؤلف ، على أن ينص على عدم جواز نقل المقالات العلمية او الأدبية او الفنية او الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التى تنشر فى الصحف والنشرات الدورية الأخرى دون اذن المؤلف (م ١٤/١) » .

ويقابل النص فى المشروع الجديد المادة ١٤ . والنصان متطابقان فى المعنى ويكادان يتطابقان فى اللفظ ، الا ان المشروع الجديد قدم الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ على الفقرة السابقة لها ، فجعل بذلك ذكر المصدر واسم المؤلف غير واجب فى نقل الأخبار اليومية والحوادث التى لها طبيعة الأخبار العادية .

النص أن هناك أشياء لا يجوز للصحيفة نقلها عن صحيفة أخرى الا بأذن المؤلف ، وأشياء يجوز نقلها دون حاجة لاذن المؤلف . أما الأشياء التى لا يجوز نقلها إلا باذن المؤلف ، فهى المقالات العلمية أو الأدبية أو الفنية أو الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة . ذلك أن هذه الأشياء لا تحمل طابع الخبر اليومى وليست مما يشغل الرأى العام فى وقت معين ، ويغلب أن تكون الصحيفة التى نشرتها قد دفعت للمؤلف مقابلا لها ، فلا يجوز لصحيفة أخرى أن تنقلها عنها دون استئذان ودون مقابل . وأما الأشياء التى يجوز نقلها دون اذن ودون مقابل ، فهى ما يأتى :

١ — الأخبار اليومية والحوادث التى لها طبيعة الأخبار العادية : فهذه أخبار تفقد أهميتها بمجرد نشرها فى أول صحيفة . فاذا نقلتها صحيفة أخرى وذكرت المصدر الذى نقلت عنه ، لم يكن فى هذا ضرر يصيب الصحيفة الأولى ، بل فيه تنويه بشأنها (١) .

٢ — المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو

---

(١) قارن محمد على عرفة فقرة ٣٨٧ — وانظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٠٢ — شفيق شحاته فقرة ١٦٦ ويقول : « وكذلك الأخبار والمعلومات العادية التى تنشرها الصحف لا تدخل فى عداد المؤلفات التى يحميها القانون ، فانه لا يوجد هنا ابتكار او خلق ، ولذلك تستطيع الجرائد الأخرى نقل هذه الأخبار بلا أدنى حرج . ولكن يلاحظ بالنسبة الى البرقيات التى يبعث بها مراسلو الصحيفة فى عواصم البلاد انه لا يجوز للصحف الأخرى نقلها الا اذا مضى على نشرها فترة من الزمن بحيث تعتبر هذه البرقيات بعدها من المعلومات الشائعة » . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بانه يجوز لصحيفة مسائية أن تنشر البرقيات التى تلقتها صحيفة صباحية صدرت قبل الصحيفة المسائية . أما اذا نقلت جريدة صباحية عن جريدة مسائية صدرت قبلها فى اليوم السابق ، فان الفترة التى تفصل بين صدور الجريدتين لا تعتبر كافية لذيوع الخبر . والفترة يجب أن تكون أطول من ذلك اذا كانت الصحيفة التى تنقل الخبر تصدر بلغة أخرى غير اللغة التى نشر بها الخبر لأول مرة (استئناف مختلط ٣ ابريل سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٣٦٤ ص ١٤٢) .

العلمية أو الدينية التى تشغل الرأى العام فى وقت معين ، مالم يرد فى الصحيفة ما يحظر النقل صراحة . ذلك أن هذه المقالات تشغل الرأى العام ، فيهم الجمهور أن تنتشر على أوسع نطاق حتى يطلع عليها . فاذا نقلتها صحيفة عن أخرى وذكرت المصدر الذى نقلت عنه ، فلا ضير على الصحيفة الأخرى ، لا سيما أن القانون أعطى الصحيفة الأخرى الحق فى أن تحظر النقل صراحة اذا رأت ذلك فيمتنع عندئذ النقل .

٣ _ مقتبسات أو بيانات موجزة من المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص ، سواء كانت منشورة فى صحف أو نشرات دورية أو كانت منشورة على حدة مستقلة بذاتها ؛ فهذه مجرد مقتبسات موجزة لا تغنى عن قراءة الأصل ، بل هى تحفز على قراءة الأصل اذ تعرف الجمهور بهذه المصنفات فتروج ويتسع نطاق نشرها . ويسرى هذا الحكم أيضا على المصنفات الأجنبية ، اذا اقتبست الصحيفة منها بيانا موجزا باللغة العربية ، حتى لو لم تمض مدة الخمس سنوات التى يترجم فى خلالها المصنف الى اللغة العربية طبقا للمادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما سنرى . وفى هذه الصور الثلاث التى قدمناها والتى يجوز فيها النقل دون اذن المؤلف ، رأينا أن الحق الأدبى للمؤلف بقى مرعيا ، اذ يجب عند النقل ذكر اسم المؤلف والمصدر الذى ينقل عنه على وجه واضح .

وتنص المادة ١٦ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين (م ١٤ وم ١٥) ، يكون للمؤلف وحدة الحق فى نشر مجموعات خطبه أو مقالاته » [1] . وقد رأينا أن المادتين ١٤ و ١٥ المشار اليهما تبيحان ، بشروط معينة ، نقل الخطب والمحاضرات والأحاديث والأخبار والمقالات والمقتبسات . وهذه

---

(١) يقابل هذا النص فى المشروع الجديد المادة ١٦ . والنصان متطابقان معنى ، ويكادان يتطابقان لفظا .

الاباحة لا تعنى بطبيعة الحال أن تنشر الصحيفة مجموعات خطب المؤلف أو مقالاته ، فهذا النشر من حق المؤلف وحده ، ليس فحسب بالنسبة الى الصحيفة التى نقلت الخطب والمقالات من صحيفة أخرى ، بل أيضا بالنسبة الى هذه الصحيفة الأخرى نفسها •

٢١١ — ثالثا — النقل لتأييد ما هو منشور أو للمناقشة والنقد :

فى هذه الحالة الثالثة يختلف الغرض من النشر عنه فى الحالتين السابقتين • ففى الأولى كان النشر يستهدف استعمال المصنف استعمالا شخصيا أو استعمالا فى اجتماعات خاصة ، فكان المقصود بالنشر هو المصنف ذاته بغرض استعماله • وفى الحالة الثانية كان النشر يستهدف اعلام الناس بالمصنف ، فكان المقصود بالنشر هنا أيضا هو المصنف ذاته بغرض الاخبار عنه • أما فى الحالة الثالثة التى نحن بصددها ، فالمقصود بالنشر ليس هو المصنف ذاته لاستعماله أو للاخبار عنه ، بل المقصود هو تقييم المصنف ، فاذا كان الناقل مقرا بعلو قيمته احتج به لتأييد ما ينشره هو من قوله ، واذا كان المصنف محلا للمناقشة نقده الناقل لاظهار مزاياه وعيوبه •

ففى صورة الاحتجاج بالمصنف لتأييد ما ينشره الناقل من قوله ، تنص المادة ١٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « فى الكتب الدراسية وفى كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون يباح : (ا) نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التى سبق نشرها • (ب) نقل المصنفات التى سبق نشرها فى الفنون التخطيطية أو المجسمة أو الفوتوغرافية ، بشرط أن يقتصر النقل على ما يلزم لتوضيح المكتوب • ويجب فى جميع الأحوال أن يذكر بوضوح المصادر المنقول عنها وأسماء المؤلفين » (١)•

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : « كما اباحت المادة ١٧ نقل مقتطفات قصيرة من بعض المصنفات الى الكتب المعدة للتعليم ومؤلفات النقد والتاريخ والمصنفات العلمية ، على أن يلتزم حد الاعتدال فيما ينقل » •

ويقابل النص فى المشروع الجديد المادة ١٧ • والنصان متطابقان معنى ، ويكادان يتطابقان لفظا •

وأول ما يرد على البال من الكتب التي تنقل عن غيرها لتأييد ما ورد فيها هي الكتب المدرسية • فكثيرا ما يستمد واضعو هذه الكتب ما يكتبونه من المصنفات التي سبق نشرها في الموضوعات التي تعرض لها هـــذه الكتب • ولا يجوز للناقل أن يورد مقتبسات طويلة من مصنف سـبق نشره ، ولكن يجوز له ، تأييدا لما يذهب اليه فيما يكتبه ، نقل مقتطفات قصيرة يدعم بها ما يقول ، وذلك دون حاجة الى الحصــول عــلى اذن المؤلف أو دفع مقابل له • وهذا هو الشأن أيضا في غير الكتب المدرسية من كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون والموسيقى وغير ذلــــك من ألوان المعرفة ، فيجـــوز في كل هـــذا ، دون حاجة الى اذن المؤلف ودون مقابل ، نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التي سبق نشرها على الوجه الذي بيناه • وفيما يتعلق بالمصنفات الفنية التي سبق نشرها ، يقــع الاقتباس عادة بنقل جزء من المصنف ذاته ، رسما تخطيطيا كان أو رسما مجسما أو رسما فوتوغرافيا ، ويشترط أن يقتصر النقل على ما هـــو ضروري لتوضيح ما قصد الناقل أن يوضحه مستندا في ذلك الى المصنف المنقول عنه [1] • ولما كان المؤلف المنقول عنه في الأحوال التي ذكرناها لا حاجة الى استئذانه في النقل ولا يتقاضى مقابلا كما قدمنا ، فلا أقل من رعاية حقه الأدبي ، ولذلك أوجب النص أن يذكر الناقل في وضوح عند النقل المصدر الذي نقل عنه واسم المؤلف •

وفي صورة مناقشة المصنف ونقده ، تنص المـــادة ١٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « لا يجوز للمؤلف ، بعد نشر المصنف ، حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة ، اذا قصد بها النقد أو المناقشة أو الاخبـــــار ، ما دامت تشـــــير الى المصنف واسم المؤلف ان كان

---

(١) ديبوا في انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ .Prop. Lit. et Art فقرة ١٩٧ وفيما يتعلق بفن المعمار يجوز ، دون اذن ، رسم او تصوير المشيدات العامة القائمة في الطرق العامة على مشهد من الجمهور •

معروفا » (١) . وهنا يقتصر الناقل على تحليلات أو اقتباسات قصيرة من مصنف سبق نشره ، ويكون القصد من النقل هو تقييم المصنف عن طريق مناقشته ونقده واظهار مزاياه وعيوبه . وقد يكون القصد أيضا الاخبار عن المصنف أو التثقيف ، ولكن هذا قد ورد فيما قدمناه (٢) . ومن أجل ذلك ، وتيسيرا للنقد الأدبى والعلمى وهو ضرورى لتوثيق الثقافة ودعمها على أسس مستقرة ، أجيز للناقد ، توضيحا لنقده ، أن ينقل عن المصنف اقتباسات قصيرة بالقدر الذى يقتضيه التوضيح ، وذلك دون حاجة الى استئذان المؤلف ودون مقابل . وبديهى أن الناقد ، وهو ينقل هذه الاقتباسات القصيرة ، سيشير حتما الى المصنف المنقول عنه والى اسم المؤلف ، مادام المصنف ومؤلفه هما موضوع النقد .

٢١٢ — مشتقات المصنف الأصلى التى تدخل فى مضمون حق النشر :

تنص المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده ادخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه . وله وحده الحق فى ترجمته الى لغة أخرى . ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئا من ذلك ، أو أن يباشر صورة أخرى من الصور المنصوص عليها فى المادة الثالثة ، الا باذن كتابى منه أو ممن يخلفه » . وتنص المادة ٨ من نفس القانون على ما يأتى : « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه الى لغة أجنبية أخرى فى ترجمة ذلك المصنف الى اللغة العربية ، اذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره فى مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم » (٣) .

---

(١) يقابل هذا النص فى المشروع الجديد المادة ١٣ . والنصان متطابقان معنى ، ويكادان يتطابقان لفظا .

(٢) انظر م ٢/١٤ وانظر آنفا فقرة ٢١٠ . وانظر م ١٥ من قانون حماية حق المؤلف وقد سبق شرحها فى الفقرة نفسها .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية فى خصوص المادة ٨ ما يأتى : « فقد نصت المادة الثامنة على انتهاء الحماية المقررة للمؤلف ولمن ترجم

وقد قدمنا (١) أن هناك مصنفات مشتقة من المصنف الأصلي يحميها القانون كما يحمي المصنف الأصلي . ولكن القانون في الوقت ذاته يحمي المصنف الأصلي من هذه المصنفات المشتقة اذا قام بعملها مؤلف آخر غير مؤلف المصنف الأصلي . ذلك ان اشتقاق مصنف من المصنف الأصلي هو من حق مؤلف المصنف الأصلي وحده . ولا يجوز لغيره القيام به دون اذن كتابي منه . وصور الاشتقاق مذكورة في المادتين ٣ و ٤ من قانون حماية حق المؤلف ، وقد سبق تفصيل ذلك (٢) . ونقتصر هنا على أن نذكر ان أهم صور الاشتقاق هي جمع مختارات من المصنف الأصلي متميزة بسبب يرجع الى الابتكار أو الترتيب أو أي مجهود شخصي (٣) ، واعادة اظهار المصنف الأصلي مع شرحه أو

= مصنفه الى لغة اجنبية بالنسبة لحقهما في ترجمة المصنف الى اللغة العربية، اذا مضت خمس سنوات من تاريخ اول نشر للمصنف الأصلي او المترجم دون أن يباشر المؤلف او المترجم بنفسهما او بواسطة غيرهما ترجمة المصنف الى اللغة العربية . وفي هذا القيد الزمني تغليب للصالح العام المصري على المصلحة الفردية للمؤلف ، وحتى يمكن دفع هذا المؤلف وحثه على مباشرة هذه الترجمة في أقرب وقت معقول رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار التفكير الانساني في مختلف الأمم المختلفة الأخرى لمدة طويلة » .

ويقابل المادتان ٧ و ٨ من قانون حماية حق المؤلف المادتين ٧ و ٨ في المشروع الجديد ، ولا خلاف بين هذه النصوص في المعنى ، وان وقع الخلاف في اللفظ . فقد جرت المادة ٧ من المشروع الجديد على الوجه الآتي : « للمؤلف ادخال ما يرى من التعديل او التحوير على مصنفه ، وله ولمن يخلفه ان يعهد الى غيره بأن يباشر ذلك او اية صورة من الصور المنصوص عليها في المادة ٣ . ويقع باطلا كل قيد على حقه في التعديل او التحوير » . وجرت المادة ٨ من المشروع الجديد على الوجه الآتي : « للمؤلف الحق في ترجمة مصنفه الى لغة اخرى ، ولا يجوز لغيره ان يباشر ذلك الا باذن كتابي منه او ممن يخلفه . ومع ذلك اذا كان المصنف موضوعا بلغة اجنبية ، فتنتهي حتما حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه الى لغة أجنبية أخرى في ترجمة هذا المصنف الى اللغة العربية بمضي خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي او المترجم دون ان يباشر المؤلف او المترجم خلاله حقه في الترجمة الى اللغة العربية » .

(١) انظر آنفا فقرة ١٧٣ وما بعدها .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٧٤ — فقرة ١٧٧

(٣) انظر آنفا فقرة ١٧٤ في آخرها .

التعليق عليه أو بعد مراجعته وتنقيحه (١) ، وتلخيص المصنف الأصلى أو تحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم الى لون آخر كتحويل الرواية أو القصة الى مسرحية أو تحويل المسرحية الى فيلم سينمائى (٢) ، وترجمة المصنف من لغته الأصلية الى لغة أخرى (٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كانت المادة السابعة من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف تعطى للمؤلف وحده الحق فى ادخال ما يرى من تعديل أو تحوير على مصـــنفه ولا تجيز لغيره أن يباشر شيئا من ذلك الا باذن كتابى منه أو ممن يخلفه ، الا أن ســلطة المؤلف فى ذلك وخلفه من بعده مقيدة فى حالة تحويل المصنف من لون الى آخر بحسب ما يقتضيه هذا التحويل ، فاذا أذن المؤلف أو خلفه بتحويل المصنف من لون الى آخر — من عمل مسرحى الى عمل اذاعى — فليس لأيهما أن يعترض على ما يقتضيه التحويل من تحوير وتغيير فى المصنف الأصلى مما تستوجبه أصول الفن فى اللون الذى حول اليــه المصــنف ويفترض رضاءهما مقدما بهذا التحوير (٤) .

فجميع هذه الصور من الاشـــتقاق هى من حق مؤلف المصـــنف الأصلى وحده كما قدمنا . واذا أقدم عليها أحد غيره ، وجب على هذا أن يحصل على اذن كتابى من مؤلف المصنف الأصلى . ويقع ذلك عادة فى صورة اتفاق قريب من عقد النشر ، وفى نظير مقـــابل يتقاضـــاه المؤلف الأصلى . فاذا ما أصبح حق الاشتقاق ثابتا لشخص غير المؤلف الأصلى على النحو الذى ذكرناه ، فان هذا الشخص بعد أن يقوم بوضع المصنف المشتق ، من مختارات أو شرح أو تعليق أو مراجعة أو تنقيح أو تلخيص

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٧٥ .
(٢) انظر آنفا فقرة ١٧٦ .
(٣) انظر آنفا فقرة ١٧٧ .

(٤) نقض مدنى فى ١٦ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الاول رقم ٥٣ ص ٢٢٤ .

أو تحويل أو ترجمة ، يكون له على هذا المصنف المشتق حقوق المؤلف بدوره ، فلا يجوز لأحد نقله أو الاشتقاق منه دون أن يستأذنه هو وصاحب المصنف الأصلى معا ، وقد تقدم بيان ذلك (١) . ولما كانت ترجمة المصنف الأصلى هى اشتقاق من هذا المصنف كما قدمنا . فان الاشتقاق من هذا الاشتقاق ، أى ترجمة الترجمة ، يخضع هو أيضا لاذن مؤلف المصنف الأصلى .

ونقف قليلا عند ترجمة المصنف الأصلى لأهميتها . والترجمة نوع من أنواع الاشتقاق يحمى منها القانون ثم يحميها كما سبق القول . والذى يعنينا هنا هو حماية المصنف الأصلى من الترجمة ، فنقتصر على هذا الجانب . فاذا وضع مصنف باللغة العربية ، لم يجز لأحد ترجمته الى لغة أجنبية دون اذن المؤلف طوال مدة الحماية . وكذلك اذا وضع مصنف بلغة أجنبية ، لم يجز لأحد ترجمته الى لغة أجنبية أخرى دون اذن المؤلف طوال مدة الحماية . وكذلك اذا وضع مصنف بلغة أجنبية ، لم يجز لأحد ترجمته الى لغة أجنبية أخرى دون اذن المؤلف طوال مدة الحماية . أما ترجمته الى اللغة العربية ، ففيه تفصيل . وترجمة المصنف الأصلى الى اللغة العربية يكون اما بترجمته مباشرة اذا كان المصنف الأصلى قد ترجم الى لغة أجنبية أخرى ، فيعمد المترجم العربى الى ترجمة هذه الترجمة . ويقع ذلك عادة اذا كان المترجم العربى لا يعرف اللغة الأجنبية الأصلية التى كتب بها المصنف الأصلى ، ويعرف اللغة الأجنبية الأخرى التى ترجم اليها المصنف . وفى الحالتين يحمى القانون المصنف الأصلى من الترجمة : يحمى مؤلف المصنف الأصلى كما يحمى من ترجم هذا المصنف الأصلى الى لغة أجنبية أخرى . ولكن هذه الحماية لا تقوم طوال مدتها المقررة فى القانون الا بعد استيفاء شرط هام ، هو أن يقوم المؤلف أو المترجم ، أو شخص آخر يأذنان له فى ذلك ، بترجمة المصنف الى اللغة العربية فى مدى خمس سنوات من تاريخ

(١) انظر آنفا فقرة ١٧٤ — ١٧٧ .

أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم (م ٨ من قانون حماية حق المؤلف وقد سبق ذكرها) . فعلى صاحب المصنف الأصلي ، وكذلك على مترجم المصنف الأصلي الى لغة أجنبية أخـرى ، اذا أراد أي منهما أن يحمي مصنفه أو يحمي ترجمته من الترجمة الى اللغة العربية ، أن يقوم هو ، أو يقوم احد غيره باتفاق معه ، بترجمة المصنف أو ترجمة الترجمة الى اللغة العربيـة في خلال المدة القصـيرة التي سـبق ذكـرها (خمس سنوات) . فاذا فعل ذلك ، لم يجز لأحد أن يعيد ترجمة المصنف ، او ترجمة الترجمة ، الى اللغة العربية مرة أخرى الا بعد استئذان كل من المؤلف الأصلي ومترجم المصنف الى لغة أجنبية طوال مدة الحمـايـة القانونية ، وهي خمسون سنة من وقت موت أي من المؤلف الأصـلي والمترجم . ولا حاجة لاستئذان المترجم العربي الأول ، لأن ترجمتـه العربية لم تكن محل اعتبار المترجم العربي التالي له الا اذا كان هذا قد انتحلها أو انتحل الكثير منها . أما اذا بقي المصنف الأصـلي ، وكذلك ترجمته الى اللغة الأجنبية الأخرى ، دون ترجمة الى اللغة العربية مدة خمس السنوات السابق ذكرها ، فقد قدمنا أن ترجمة المصنف أو ترجمة ترجمته الى اللغة العربية تصبح مباحة لأي مترجم عربي ، دون حاجة لاستئذان أحد ودون أي مقابل . وقد قصد بهذه الأحكام تيسير ترجمة المصنفات الأجنبية الى اللغة العربية ، بل وحفز أصحاب هذه المصنفات الأجنبية الى المبادرة الى ترجمتها الى اللغة العربية حتى تحمى حمـايـة كاملة . فكثير من المصنفات الأجنبية يحتاج اليها القارئ العربي الذي لا يعرف لغة المصنف الأجنبية كما تحتاج المكتبة العربية بوجه عام الى التزود من ثمار العقل البشري في الأمم المختلفة . وعلى هذا النحو تغلب المشرع المصري على مشكلة ترجمة المصنفات الأجنبية ، وهي المشـكلة التي وقفت عقبـة مدة طويلة تحول دون صـدور قانون حمـاية حق المؤلف (١) .

---

(١) انظر فيما تقدم ما سبق بيانه آنفا فقرة ١٧٧ .

٢ — الأداء العلنى

(النقل المباشر للجمهور)

٢١٣ — ماهو الأداء العلنى :

قدمنا أن نطاق الحق المالى للمؤلف ، كما يتناول نقل المصنف الى الجمهور بطريق غير مباشر بعمل نماذج أو نسخ من المصنف ونشرها ، يتناول أيضا نقل المصنف الى الجمهور بطريق مباشر بالأداء العلنى ،وقد رأينا (١) أن المادة ٦ من قانون حماية حق المؤلف تنص على أن «يتضمن حق المؤلف فى الاستغلال : (أولا) نقل المصنف الى الجمهور مباشرة بأية صورة ، وخاصة احدى الصور الآتية : التلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقى أو التمثيل المسرحى أو العرض العلنى أو الاذاعة اللاسلكية للكلام أو الصوت أو الصور ، أو العرض بواسطة الفانوس السحرى أو السينما ، أو نقل الاذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعها فى مكان عام — (ثانيا) .. » . فنقل المصنف نقلا مباشرا الى الجمهور عن طريق الأداء العلنى من حق المؤلف وحده ، ولايجوز لأحد غيره مباشرته بغير اذن كتابى (م ٥ / ٢ من قانون حماية حق المؤلف) ، وفى نظير مقابل يتقاضاه المؤلف من الغير أو بغير مقابل . ويستوى فى ذلك أن يكون الأداء العلنى ذاته بمقابل يتقاضاه الغير من الجمهور ، أو بغير مقابل .

فنبحث اذن فى الأداء العلنى وسائل الأداء ونقف قليلا عند الأداء بطريق الراديو والتلفزيون ، والأداء بطريق السينما والفونوغراف (٢). ثم نبحث علنية الأداء ، ومجانية الأداء بالنسبة الى الجمهور .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٠٥ .

(٢) والفونوغراف غير وارد فى النص ، ولكن ماورد فى النص ليس مذكورا على سبيل الحصر كما قدمنا .

٢١٤ — وسائل الأداء :

هذه الوسائل مذكورة ، كما رأينا • على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر ، فى المادة السادسة سالفة الذكر • فيكون نقل المصنف مباشرة الى الجمهور عادة بطريق التلاوة العلنية للكلام ، اذا كان المصنف من المصنفات الأدبية أو العلمية ، شعر أكان أو نثرا • ويكون بطريق التمثيل المسرحى ، للمسرحيات على اختلاف أنواعها • ويكون بطريق التوقيع الموسيقى الصوت ، فى المصنفات الموسيقية • ويكون بطريق العرض العلنى، للصور وغيرها من المصنفات الفنية ، ويكون بواسطة الفانوس السحرى ، للمشاهد المختلفة ، ويكون بواسطة السينما ، للمسرحيات والمسيقى وغير ذلك مما يذاع بطريق السينما • ويكون بواسطة الاذاعة اللاسلكية والتلفزيون ، للكلام والموسيقى والمسرحيات وغير ذلك مما يذاع بهذين الطريقين ، حتى لو نقلت الاذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعها فى مكان عام •

فنقل المصنف مباشرة الى الجمهور يكون بالصوت البشرى أو بالآلة، أما نقله الى الجمهور بطريق غير مباشر فيكون بعمل نسخ منه ونشرها على الجمهور •

٢١٥ — الأداء بطريق الراديو والتلفزيون :

يجوز أن يقع الأداء العلنى بطريق الراديو والتلفزيون ، ويجب عند ذلك استئذان المؤلف أو من انتقلت اليه حقوقه ، ولهذا أن يتقاضى أجرا فى مقابل ذلك •

ونحن هنا لا نعرض للأشرطة المسجلة واذاعتها بطريق الراديو والتلفزيون ، فان تسجيل هذه الأشرطة يدخل فى مضمون حق النشر أى نقل المصنف بطريق غير مباشر الى الجمهور عن طريق نسخ صور منه ، وقد سبق الكلام فى ذلك (١) • وانما نعرض هنا للأداء مباشرة عن طريق

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٠٧ •

الراديو أو التلفزيون ، أى أن المؤدى يوجه تأديته للجمهور مباشرة (فى الهواء كما يقال) • فتنتقل تأديته فى الحال عن طريق أجهزة الراديو أو التلفزيون الى المستمعين للراديو أو المشاهدين للتلفزيون •

وهذا الأداء المباشر للجمهور له أحوال ثلاث :

(الحالة الأولى) أن يقوم المؤدى بالتأدية فى الأستوديو ، وهو مكان خاص مقفل لا علانية فيه • ولذلك لايكون الأداء فى ذاته علنيا • ولكنه ينقله الى الجمهور عن طريق الأجهزة يصبح علنيا • وهذه الحالة هى الحالة الغالبة ، فحق المؤلف فى الأداء العلنى يتعلق هنا ، لا بالأداء نفسه ، بل بنقله الى الجمهور • ومن ثم يجب استئذانه ، وله أن يتقاضى أجرا على ذلك •

(الحالة الثانية) أن يقوم المؤدى بالتأدية ، لا فى أستوديو مقفل لا علانية فيه ، بل فى مكان عام يحتشد فيه الجمهور فيسمع ويرى • وفى الوقت نفسه ينتقل الأداء بطريق الأجهزة الى جمهور آخر غير الجمهور الذى احتشد فى المكان العام الذى حصل فيه الأداء العلنى ، وهذا الجمهور الآخر هو الذى فى أماكنه الخاصة من منازل ومكاتب ونحوها، يستمع الى جهاز الراديو أو يشاهد لوحة التلفزيون • ويقع ذلك عادة عندما يقوم أحد المغنين بالغناء فى مكان عام يذهب اليه الجمهور لسماع الغناء ، أو عندما يقوم الممثلون بالتمثيل فى مسرح عام يذهب اليه الجمهور لمشاهدة التمثيل ، وفى الوقت الذى يقع فيه الغناء والتمثيل يذاع هذا وذاك عن طريق الراديو أو التلفزيون ، بحيث ينتقل الغناء الى عدد كبير من الناس يبقون فى أماكنهم الخاصة وكل منهم يستمع الى الراديو أو يشاهد التلفزيون • وللمؤلف فى هذه الحالة حقان : حقه فى الأداء العلنى الذى وقع فى المكان العام واحتشد فيه الجمهور ، وحقه فى نقل الأداء العلنى بطريق الراديو أو التلفزيون الى عدد كبير آخر من الناس غير الجمهور الذى احتشد فى المكان العام • ومن ثم يكون للمؤلف أن يأخذ أجرا عن كل من الحقين ، وأن يجمع بين الأجرين •

(الحالة الثالثة) وهى كالحالة الثانية من حيث أن المؤدى فى مكان عام يحتشد فيه الجمهور ، ولكن هنا فى هذه الحالة الثالثة يوجد جمهور آخر احتشد فى مكان عام آخر . قد يكون مقهى أو فندق أو مطعما ، وضع فيه صاحبه مكبرا للصوت أو لوحة للتلفزيون لنقل الأداء وقت وقوعه فى المكان العام الأصلى الى جمهور المحتشدين عنده فى مكانه هو ، وذلك اجتذابا منه للعملاء . وفى هذا المعنى تقول المادة ٦ من قانون حماية حق المؤلف كما رأينا « ... أو نقل الاذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعهما فى مكان عام » . والفرق بين الحالة الثانية والحالة الثالثة ، هو أنه فى الحالة الثانية يوجد جمهور احتشد فى مكان عام يسمع ويشاهد المؤدى ويوجد الى جانب هذا الجمهور المحتشد أفراد من الناس متفرقون فى أماكنهم الخاصة كل منهم يسمع ويشاهد عن طريق جهازه الخاص ، أما فى الحالة الثالثة فيوجد جمهور احتشد فى مكان عام يسمع ويشاهد المؤدى ويوجد الى جانب هذا الجمهور المحتشد جمهور آخر محتشد فى مكان عام آخر يسمع هو أيضا ويشاهد المؤدى فى نفس الوقت . وعلى ذلك يكون للمؤلف فى الحالة الثالثة ، كما هو الأمر فى الحالة الثانية ، حقان : حق فى الأداء العلنى فى المكان العام الأصلى ، وحق فى الأداء العلنى فى الأماكن العامة الأخرى التى ينتقل اليها الأداء عن طريق مكبر الصوت أو لوحة التلفزيون ، وله أجر على كل من الحقين ، ويجمع بين الأجرين . بل يجوز أن تجتمع الحالة الثانية مع الحالة الثالثة ، فيقوم المؤدى بالأداء فى مكان عام ، وينقل أداؤه فى الأماكن الخاصة على النحو الذى رأيناه فى الحالة الثانية ، وينقل فى الوقت ذاته الأداء الى أماكن عامة أخرى بطريق مكبر الصوت أو لوحة التلفزيون على النحو الذى رأيناه فى الحالة الثالثة . وعند ذلك يكون للمؤلف أجور ثلاثة يجمع بينها : أجر فى الأداء العلنى فى المكان العام الأصلى ، وأجر ثان فى الأداء العلنى المنقول الى الأماكن الخاصة ، وأجر ثالث فى الأداء العلنى المنقول الى الأماكن العامة الأخرى بطريق مكبر الصوت أو لوحة التلفزيون .

٢١٦ — الأداء بطريق السينما والفونوغراف :

هنا أيضا لا نعرض لأفلام السينما واسطوانات الفوتوغراف ، فالتقاط المشاهد عن طريق الأفلام «وتعبئة» الاسطوانات كل هذا يدخل فى مضمون حق النشر أى نقل المصنف بطريق غير مباشر الى الجمهور عن طريق نسخ صور منه ؛ وقد سبق الكلام فى ذلك (١) • وانما نعرض هنا للأداء العلنى المباشر عن طريق الأفلام السينمائية أو الأسطوانات الفونوغرافية •

لا شك فى ان من يشترى او يستأجر فيلما سينمائيا لعرضه على الجمهور فى صالة العرض أى فى مكان عام ، يكون قد انتقل اليه حق الأداء العلنى فى المدة وفى المكان المتفق عليهما ، وذلك فى نظير المقابل الذى دفعه • ولكن اذا استأجر شخص فيلما سينمائيا لعرضه فى مكان عام معين أى صالة عرض معينة ؛ وطوال وقت معين ، فليس له أن يعرض الفيلم فى مكان آخر ؛ وليس له أن يجاوز فى عرضه الفيلم الوقت المحدد ، والا كان معتديا على حق المؤلف فى الأداء العلنى بطريق السينما ، لأنه فيما جاوز فيه المكان أو الزمان لم ينتقل اليه حق الأداء العلنى •

كذلك اذا اشترى شخص أسطوانة ، فله أن يستمع اليها فى منزله أو فى مكانه الخاص ، بل له أن يجعل غيره يستمع اليها بشرط أن يكون ذلك فى اجتماعات خاصة (الاجتماعات العائلية والجمعيات الخاصة والحفلات المدرسية : م ١١ من قانون حماية حق المؤلف) (٢) • ولكن لايجوز له ، دون اذن كتابى من المؤلف ، أن يسمع الأسطوانة جمهورا من الناس فى مكان عام ، فان فى هذا اعتداء على حق المؤلف فى الأداء العلنى• وللمؤلف ، اذا أذن صاحب الأسطوانة فى هذا الأداء العلنى ، أن يتقاضى أجرا على ذلك (٣) •

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٠٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٩ .

(٣) وقد تدمنا أن هناك رايا يذهب الى انه حتى يحق للمؤلف ان يمنع =

٢١٧ — علانية الأداء :

ولا يكفى أن يكون أداء للمصنف ، بل يجب أن يكون هـذا الأداء علنيا ، أى فى مكان عام يستطيع الجمهور دخوله ولو لقاء أجر معيـــن • أما الأداء فى اجتماع عائلى أو فى اجتماعات خاصة لجمعيات أو منتديات خاصة أو حفلات مدرسية ، فقد قضــت المادة ١١ من قانون حماية حق المؤلف ، كمـا رأينا (١) ، بأنه لايجوز للمؤلف أن يمنعه ما دام صاحب الاجتماع لا يتقاضى فى نظير ذلك رسما أو مقابلا ماليا •

ولا عبرة بطبيعة المكان الـذى يقع فيه الأداء ، فقد ينقلب المكان الخاص الى مكان عام اذا سمح للجمهور بالدخول فيه ، كما ينقلب المكان العام الى مكان خاص اذا اسـتأجره شخص لحفلة عائلية أو لاجتماع خاص (٢) • فالعبرة اذن بطبيعة الاجتماع لا بطبيعة المكان ، فاذا كان الاجتماع عاما مباحا للجمهور كان الأداء فيه اداء علنيا ، واذا كان اجتماعا خاصا فالأداء غير علنى •

وفى فرنسـا تتشـدد محكمة النقض فى تحديد معنى المنتديات والجمعيات الخاصة ، وتذهب الى أنه مما يتناقض مع الصفة الخاصـة للجمعية أو النادى أن يسمح لغيرالأعضاء بحضور الحفلات التى تقام ، حتى لو كان هؤلاء الأشخاص من أقارب الأعضاء وأصدقائهم وقد وجهت اليهم دعوات خاصة ولم يدفعوا أى مقابل فى نظير حضورهم الحفلات (٣) •

= مشترى الاسطوانة من اذاعتها على الجمهور ، يجب عليه أن يجعل الناشر — اى بائع الأسطوانة — يشترط ذلك صراحة على المشترى لمصلحة المؤلف ، فتجرى أحكام الاشتراط لمصلحة الغير (أنظر آنفا فقرة ٢٠٧ فى آخرها) .

(١) انظر آنفا فقرة ٢٠٩ •

(٢) نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة احكام النقض ١٦ رقم ٣٦ ص ٢٢٧ — وانظر آنفا فقرة ٢٠٩ فى الهامش •

(٣) نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٩٢٦ (Bulletin. soc., auteurs, compositeutrs, éditeurs musique) Bull. S.A.C.E.M. ٧٨ ص ٥٢ — ٧ ديسمبر سـنة ١٩٢٧ Bull. S.A.C.E.M. فقرة ٧٩ ص ٦٨ — ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٨ — ٥٧ .

٢١٨ — مجانية الأداء بالنسبة الى الجمهور :

ويبقى الأداء علينا متى وقع فى مكان عام ، ومن ثم يكون خاضعا لحق المؤلف ، حتى لو كان الذين يحضرون الاجتماع لا يدفعون الا مقابلا ضئيلا لا يكفى الا لتغطية المصروفات . أو كان المقابل الذى يدفعونه مخصصا للتبرع به لأعمال خيرية ، أو كان الحاضرون لا يدفعون أى مقابل . فمجانيه الأداء بالنسبه الى الجمهور لا تعفى من حق المؤلف ، والعبرة بعلانية الأداء فى الخضوع لهذا الحق حتى لو كان الأداء مجانيا . اذ لا يجوز التبرع على حساب المؤلف .

ولكن يلاحظ أن المؤلف يتساهل عادة فى تقدير قيمة حقه ، اذا هو استوثق من مجانية الأدء للجمهور أو أن لمقابل الذى يدفعه الجمهور قد خصص لبعض الأعمال الخيرية (١) .

٣ — تصرف المؤلف فى حقه المالى

٢١٩ — جواز أن ينقل المؤلف حقه المالى الى الغير :

تنص المادة ٣٧ من قانون حماية حق المؤلف على مايأتى : « للمؤلف أن ينقل الى الغير الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المنصوص عليها فى المواد ٥ (فقرة ثانية) و٦ و٧ (فقرة ثانية) من هذا القانون ، على أن نقل أحد الحقوق لا يترتب عليه مباشرة حق آخر . ويشترط لتمام التصرف أن يكون مكتوبا ، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف ، مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه . وعلى المؤلف أن يمتنع عن أى عمل من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف فيه (٢) » .

---

(١) انظر نقض فرنسى ٨ نوفمبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٥ — ١ — ١١٨ .

(٢) وقع خطأ مطبعى فى نص الفقرة الأولى من هذه المادة ، اذ اشير فى المادة الى فقرة ٦ والصحيح انها الفقرة الثانية ، واشير فى المادة ٧ الى فقرة (ا) والصحيح انها الفقرة الثالثية .

وقد جاء فى المذكرة الأيضاحية فى خصوص المادة ٣٧ : « نحا المشروع فى =

فللمؤلف اذن أن ينزل عن حقه المالى فى استغلال مصنفه ، بما يشتمل عليه مضمون هذا الحق المالى من الحق فى النشر وفى الاشتقاق من المصنف الأصلى وفى الأداء العلنى على الوجه الذى بيناه تفصيلا فيما تقدم ، الى الغير ، بمقابل أو بغير مقابل • فاذا نزل عنه بمقابل هو مبلغ من النقـــود كان هذا بيعا لحقه المالى • واذا نزل عنه بغير مقابل كان هذا هبة • والغير الذى تلقى الحق من المؤلف أن ينزل عنه بدوره لمن يشاء ، بمقابل أو بغير مقـــابل •

وقد قضت محكمة النقض بأن حق استغلال الكتاب ماليا — وهو حق مادى — يجوز للمؤلف أن ينقله الى الغير ومتى كان النزاع خارجا عن نطاق الحق الأدبى للمؤلف الذى تنظمه احكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ويتعلق باستغلال عدد معين من نسخ الكتاب ماليا باذن من صاحبه وهو أمر أباحته المادة ٣٧ من القانون المذكور ، فان النعى على الحكم بمخالفة المادتين ٥/١ و ٣٨ من هذا القانون يكون على غير اساس (١) •

= الفصل الثالث من الباب الثانى الذى عقده لبيان أحكام نقل حقوق المؤلفين نحوا يوفق بين مصالح المؤلفين والناشرين ، فاقام التوازن بين حقوق المؤلفين وحقوق من آل اليهم حق الاستغلال المالى للمؤلف . فبعد أن حفظت المـــادة الخامسة (فقرة ثانية) للمؤلف حقـــه الخالص فى استغلال مصنفه استغلالا ماليا بأية طريقة من طرق الاســـتغلال ، اعترفت له المادة ٣٧ بالحق فى نقل الحقوق المالية المنصوص عليها فى المواد الخامسة والسادسة والسابعة . وهذا الحق الأخير مما يقتضيه استغلال المصنف ، وقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة ٣٧ لصحة التصرف فى الحق المالى أن يكون التعاقد بشأنه بالكتابة ، وأن يتضمن فى صراحة وبالتفصيل كل حق يكون محل التصرف على حدة ، مع بيان مداه والغرض منه وزمان الاستغلال ومكانه ، وذلك حتى يكون كل من الطرفين على بينة من أمره ، وخاصة لكى لا توضع فى العقد نصوص اجمالية غامضة مجحفة للمؤلف ... ازاء هذه الحقوق التى اقـــرها المشروع للمؤلفين لم يغفل حقوق الناشرين ، فأوجبت الفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ على المؤلف ان يمتنع عن أى عمل يترتب عليه تعطيل مباشرة الحق محل التصرف .. » .

ويطابق النص فى المشروع الجديد المادة ٣٨ مطابقة تامة من حيث المعنى، ومطابقة تكاد تكون تامة من حيث اللفظ ...

(١) نقض مدنى فى ١٢ مايو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ١٥١ صفحة ١١١٤) .

ويشترط لانعقاد التصرف أن يكون مكتوبا ، والكتابة هنا ركن في الانعقاد لا مجرد وسيلة للاثبات . وذلك مالم يكن التصرف هبة مباشرة فيجب أن تفرغ في ورقة رسمية وفقا لأحكام الهبة ، ويجب أن يحدد في العقد ، في صراحة وبالتفصيل ، كل حق نزل عنه المؤلف للغير ، مع بيان مدى الحق المنقول للغير . والغرض منه . ومدة الاستغلال اذا كانت لا تستغرق مدة الحماية المقررة في القانون ، ومكان الاستغلال اذا كان مقصورا على بلد دون آخر . وكل ذلك حتى لاتجيء عبارات التصرف عامة مجملة ، فيقع فيها من الايهام والغموض ما يضر بالمؤلف ، والنزول عن حق لا يستتبع النزول عن حق آخر ، ولذلك وجب التفصيل الذي تقدم بيانه. فنزول المؤلف عن حقه في النشر لا يستفاد منه نزوله عن حقه في الاشتقاق، أو عن حقه في الأداء العلني . ونزوله عن تحويل مصنفه الى مسرحية لا يستفاد منه نزوله عن تحويله الى فيلم سينمائي . ونزوله عن حق ترجمته الى لغة معينة لا يستفاد منه نزوله عن ترجمته الى لغة أخرى غير اللغة المتفق عليها ، وهكذا .

ويلتزم المؤلف بضمان التعرض ، فلا يجوز له أن يأتي عملا يكون من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف فيه ، ومن ثم لايجوز للمؤلف ، بعد أن تصرف في حقه . أن يقوم بعمل شخصي يتعارض مع حق المتصرف له في استغلال المصنف ، بأن ينشره مثلا بنفسه أو بواسطة غيره ، والا جاز الحكم عليه بالكف عن التعرض وبالتعويض ان كان له محل ، ويشمل الالتزام بالضمان أن يرد المؤلف عن المتصرف له ادعاء الغير أن المصنف مسروق كله أو بعضه ، أو أنه يتضمن قذفا أو انتهاكا لحرمة أسرار الغير مما يوجب المسئولية . فاذا لم يستطع المؤلف دفع اعتداء الغير ، كان للمتصرف له أن يرجع عليه بالضمان وفقا للقواعد المقررة في المسئولية العقدية .

وقد يستعمل المؤلف حقه في نشر مصنفه أو حقه في الأداء العلني عن طريق عقد النشر أو عن طريق عقد العرض المسرحي . ونبين في ايجاز ،

فيما يلي ، الفرق بين كل من عقد النشر وعقد العرض المسرحي وبين ما نحن بصدده في حق المؤلف المالي في استغلال مصنفه .

٢٢٠ — عقد النشر :

عرضنا لعقد النشر في الجزء السابع من الوسيط ، كصورة خاصة من صور عقد المقاولة (١) . ونقتصر هنا على بيان الفرق بين عقد النشر وبين تصرف المؤلف في حقه المالي .

يلجأ المؤلف عادة ، بدلا من التصرف في حقه المالي ، الى عقد النشر ، اذ هو العقد الذي يستعمل بواسطته استعمالا مألوفا حقه في نشر مصنفه . والناشر لا ينتقل اليه الحق المالي للمؤلف ، كما ينتقل هذا الحق الى المتصرف له في حالة التصرف . وكل ما ينتقل الى الناشر ، في أقصى صورة من صور عقد النشر ، هو حق استغلال المصنف لعدد من الطبعات غير معين ولمدة غير معينة . فاذا لم يقم الناشر باعادة طبع الكتاب في مدة معقولة بعد نفاذ نسخ الطبعة السابقة ، استعاد المؤلف حقه في استغلال الكتاب ، وله أن ينشره بنفسه أو عن طريق ناشر آخر (٢) . وقد يقتصر المؤلف في عقد النشر على أن يبيع للناشر طبعة معينة من المصنف ، ويحدد بالاتفاق معه عدد نسخ هذه الطبعة ، فيقوم الناشر بطبع هذا العدد من النسخ على نفقته ، وتصبح النسخ ملكا له ويبيعها لحسابه ، ويدفع في مقابل ذلك للمؤلف مبلغا معينا ، دفعة واحدة أو على عدة دفعات ، وقد يحتفظ المؤلف ، في عقد النشر ، بحقه في استغلال مصنفه ، ويقوم بطبع الكتاب على نفقته ، فتكون النسخ بعد طبعها ملكا له ، ويقوم الناشر بعرض الكتاب على الجمهور للبيع . وفي هذه الحالة لا يكون هناك عقد بيع بل عقد

---

(١) انظر الوسيط الجزء السابع ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٨٢ — فقرة ١٩٣ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١ فقرة ٣٢٨ — الوسيط الجزء السابع المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة ص ٤٢٦ هامش ٢ — انظر عكس ذلك وأنه لا فرق بين هذه الصورة من صور عقد النشر وبين التصرف في حق الاستغلال المالي Rault في عقد النشر في القانون الفرنسي رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ ص ٥٥ وما بعدها .

مقاولة ، والناشر هو المقاول ورب العمل هو المؤلف . ويتقاضى النـاشر فى مقابل ذلك أجراء من المؤلف ، ويغلب أن يكون هذا الأجر هو نسبة معينة من ثمن كل نسخة يبيعها ، وقد يقوم الناشر بطبع الكتاب ، على أن يسترد نفقات الطبع من ثمن النسخ التى يبيعها ، وبعد ذلك يستولى على أجره المتفق عليه ، ويرد الباقى للمؤلف (١) .

ومهما اختلفت صور عقد النشر ، فان الناشر يكون دائما ملتزما بنشر الكتاب ، أى بيع نسخة للجمهور ، فان لم يفعل كان مخلا بالتزامه ، وكان مسئولا أمام المؤلف . ويستبقى المؤلف دائما ، فى عقد النشر ، حقه الأصلى فى استغلال مصنفه ، وعلى أساس هذا الحق يلزم الناشر بنشر الكتاب حتى يتمكن المؤلف من مباشرة حقه فى الاستغلال .

أما اذا تصرف المؤلف فى حقه المالى فى الاستغلال ، فان هذا الحق نفسه ينتقل منه الى المتصرف له ، ويصبح هذا الأخير هو صاحب الحق فى الاستغلال . ويستطيع أن يباشر هذا الحق ، كما يستطيع ألا يباشره فلا ينشر الكتاب ، وفى هذه الحالة الأخيرة لا يستطيع المؤلف أن يلزمه بالنشر كما يستطيع الزام الناشر فيما رأيناه . ونرى من ذلك أنه فى حالة التصرف يحل المتصرف له محل المؤلف فى جميع حقوقه المالية المتصرف فيها بصفة دائمة ، أى طول مدة الحماية غالبا ، ومن بين هذه الحقوق أن يبرم عقد نشر مع أحد الناشرين . أما فى حالة عقد النشر ، فلا يحل الناشر محل المؤلف فى حقوقه ، ويكون الناشر ملتزما بنشر الكتاب طبقا لشروط عقـد النشر ، وللمدة المحددة فى هذا العقد ، وللطبعة أو الطبعات المبينة فيه . ويمكن أن نتصور أن المؤلف يتصرف فى حقه المالى للناشر نفسه ، وفى هذه الحالة تنتقل الى الناشر حقوق المؤلف بصفة دائمة أى طول مدة الحماية غالبا ، بموجب عقد بيع لا بموجب عقد نشر . وعند ذلك ينشر الناشر الكتاب لا باعتباره ناشرا ، بل باعتبـاره صاحب حقوق المؤلف ، ويكون فى وضع

---

(١) انظر فى كل ذلك الوسيط الجزء السابع ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٨٢ .

المؤلف عندما ينشر هذا مصنفه بنفسه . بل يجوز أيضا للناشر فى هـذه الحالة أن يعهد الى ناشر آخر ، بموجب عقد نشر ، أن ينشر المصنف الذى اشترى حقوق التأليف فيه (١) »

٣٢١ — عقد العرض المسرحى :

وقد عرضنا أيضا لعقد العرض المسرحى فى الجزء السـابع من الوسيط (٢) ، والفرق بينه وبين تصرف المؤلف فى حقه فى الأداء العلنى لمصنفه هو نفس الفرق بين عقد النشر وبين تصرف المؤلف فى حقه فى النشر . فالقائم بالعرض كالناشر يكون ملزما دائما بعرض المصنف على الجمهور ، فيما اذا لجأ مؤلف المسرحية أو منتج الفيلم السينمائى أو واضع القطعة الموسيقية أو ملحـن القطعة الغنائية الى عرض مصنفه بواسطة الأداء العلنى عن طريق المسرح أو السينما أو الراديو أو التلفزيون . أما المتصرف له فى حق الأداء العلنى فليس ملزما بالعرض ، ويحل محل المؤلف فى حقه: ان شاء عرض المصنف وان شاء لم يعرضه ، وفى حالة عدم العـرض لايستطيع المؤلف أن يلزمه بالعرض . ويكون له حق العرض بصفة دائمة أى طول مدة الحماية غالبا ، بخلاف القائم بالعرض فليس له أن يعرض المصنف الا فى المرة أو المرات أو المدة التى حددها العرض المسرحى .

والذى يقع فى العمل هو أن يدفع المؤلف بمسرحيته أو بقطعتـه الموسيقية أو الغنائية لصاحب المسرح أو ادارة الاذاعة ، ويتقاضى أجرا معينا ، قد يكون مبلغا اجماليا وقد يكون نسبة مئوية من الايراد . وقـد يدق التمييز فى هذه الحالة بين ما اذا كان العقد هو تصرف فى حق الاداء العلنى أو هو مجرد عقد للقيام بالعرض ، لذلك جرى العمل على تسـمية العقد فى كلا الفرضين بعقد العرض المسرحى دون تمييز بين فـرض

---

(١) انظر فى ذلك الوسيط الجزء السابع ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة ص ٤٢٦ هامش ٢ .

(٢) انظر الوسيط الجزء السابع ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٩٤ — فقرة ١٩٦ .

وآخــر (١) •

٢٢٢ — طرق تقدير المقابل لحق المؤلف المالى :

وسواء كان العقد هو تصرف فى حق المؤلف المالى على النحو الـذى قدمناه ، أو هو عقد نشر او عرض مسرحى ، فان المقابل الذى يتقاضـاه المؤلف فى جميع هذه الفروض يجوز ان تكون مقدرا جزافا بمبلغ اجمالى، كما يجوز أن يكون نسبة مئوية من الايراد • وتنص المادة ٣٩ من قانـون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد على ما يأتى : « تصرف المؤلف فى حقوقه فى المصنف ، سواء كان كاملا أو جزئيا ، يجوز أن يكون على أساس مشاركة نسبية فى الايراد الناتج من الاستغلال أو بطريقة جزافية (٢) •

فاذا نزل المؤلف للمتصرف له أو للناشر عن حقوقه فى التأليف نزولا غير محدد ، فان العقد يكون بيعا كما قدمنا ، ويكون الأجر هو الثمن يدفعه الناشر للمؤلف • ويجوز أن يكون هذا الثمن مبلغا يحدد جزافا ويتقاضاه المؤلف دفعة واحدة أو على اقساط أو فى ميعـاد كل طبعة من طبعـات المصنف ، كما يجوز أن يكون الثمن محددا بنسـبة عدد نسخ المصـنف وثمن كل نسخة ، أو بنسبة ما يباع من النسخ • واذا نزل المؤلف للناشر عن طبعة من طبعات المصنف ، فانه يتفق معه عادة على عدد نسـخ هذه الطبعة ، ويتقاضى المؤلف من الناشر ثمنا قد يكون مبلغا محددا جـزافا يدفع جملة واحدة أو على أقساط متعددة ، وقد يكون نسـبة مئوية من الثمن المقرر لبيع النسخ ، أو نسبة مئوية من الثمن الذى تباع به النسخ فعلا (٣) • وفى عقد العرض المسرحى يلتزم العارض بأن يؤدى للمؤلف

---

(١) انظر الوسيط الجزء السابع ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٩٤ .

(٢) يقابل النص فى المشروع الجديد المادة ١/٤٠ . والنصان متطابقان فى المعنى ، ويكادان يتطابقان فى اللفظ .

(٣) انظر الوسيط الجـــزء السابع ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٨٦ .

جعلا متفقا عليه ، قد يكون مبلغا اجماليا يتقاضاه المؤلف من العارض جملة واحدة أو على أقساط ، وقد يكون نسبة مئوية من الايراد وفى هذه الحالة يجب على العارض أن يقدم للمؤلف حسابا مفصلا عن ايراد الحفلة أو الحفلات التى أقامها تنفيذا للاتفاق (١) •

والأصل أن ما تم الاتفاق عليه من مقابل لا يجوز تعديله الا باتفاق جديد ، ولا يجوز للمؤلف أن يطلب أكثر مما اتفق عليه مع الناشر أو العارض • ولكن المشروع الجديد أضاف للمادة ٤٠ منه فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك فاذا تبين أن الاتفاق كان مجحفا بحقوق المؤلف أن أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد ، جاز للقاضى ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يقضى للمؤلف ، علاوة على ما اتفق عليه ، بجزء من الربح الصافى الذى ينجم عن استغلال المصنف » • وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع الجديد فى صدد هذا النص ما يأتى : « وقد أجازت المادة ٤٠ من المشروع للمؤلف أن يتصرف فى حقوقه على المصنف على أساس مشاركة نسبية فى الايراد الناتج من الاستغلال أو ببدل معلوم ، سواء كان التصرف كاملا أو جزئيا • وأضاف المشروع حكما جديدا أورده مشروع الجامعة العربية ، مؤداه أن يكون للمؤلف نصيب فى الأرباح الناتجة عن استغلال المصنف زيادة على ما تم الاتفاق عليه ، اذا كان الاتفاق مجحفا أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد • وواضح أن فى هذا الحكم خروجا على القاعدة العامة فى التعاقد تمليه اعتبارات العدالة » • والحكم الذى استحدثه المشروع الجديد فيه رعاية كبيرة لجانب المؤلف ، على افتراض أنه هو الجانب الذى يغبن عادة فى الاتفاقات التى تقع بينه وبين الناشر أو العارض ، وبخاصة اذا كان المؤلف من الناشئين أو كان غير معروف • فيجوز له ، اذا كان فى الاتفاق غبن من الأصل ، أن يطالب بجزء من الربح الصافى الناتج عن استغلال المصنف يراه القاضى كافيا لرفع هذا الغبن • وحتى لو لم يكن

---

(١) انظر الوسيط الجزء السابع ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٩٦ •

فى الاتفاق غبن من الأصل ، ولكن نجاح المصنف غير المنتظر لظروف طارئة جعلت الاتفاق مجحفا بالمؤلف ، فانه يجوز لهـذا الأخير أن يطالب هنا أيضا بجزء من الربح الصافى على النحو الذى رأيناه فى الفرض الاول . وفى كلا الفرضين خروج على القواعد العامة ، ففى الفرض الاول خروج على قواعد الغبن اذ الاصل هو ألا يعتد بالغبن الا فى حالات خاصة ليس هذا الفرض منها . وفى الفرض الثانى خروج على قواعد نظرية الظروف الطارئة اذ أن هذه النظرية انما تعالج حالة المدين الذى أصابته خسـارة فادحة لا حالة الدائن الذى فاته ربح كبير . لذلك لا يجـوز تطبيق هذا الحكم الا بموجب نص صريح فى القانون (١) ، وهذا النص غير موجود فى قانون حق المؤلف القائم . فاذا أصبح المشروع الجديد قانونا وبقى فيه هذا النص . وجب تطبيقه على الاتفـاقات التى تبرم من وقت أن يصبح المشروع الجديد قانونا نافذ المفعول .

٢٢٣ — بطلان التصرف فى مجموع الانتاج الفكرى المستقبل :

تنص المادة ٤٠ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يعتبر باطلا تصرف المؤلف فى مجموع انتاجه الفكرى المستقبل » (٢) .

وقد قدمنا فى عقد النشر (٣) أنه « يجوز الاتفـــاق بين المؤلف والناشر على نشر عمل أدبى أو فنى لم ينجزه المؤلف بعد ، بل لمـا يبدأ فيه . بشرط ألا يكـون التزام المؤلف معلقـا على شرط ارادى محض ، وبشرط أن يكون العمل معينا فى موضـوعه وفى مداه ومبلغ أهميته وفى المدة التقريبية التى يتم فيها ، والا كان باطلا لعدم تعيين المحل » . وقلنـا أيضا (٤) : « يجوز للمؤلف أن ينزل للغير عن حقوقه المستقبلة قبل نشر

(١) وهناك رأى يذهب الى أن الاتفاق الذى يحدد مقابلا اقل بكثير مما يستحقه المصنف يمكن ابطاله لغلط جوهـــرى فى قيمة المصـــنف (ديبوا فى انسيكوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٥٥)

(٢) يقابل النص فى المشروع الجديد المادة ٤٦ . والنصان متطـــابقان معنى ولفظا .

(٣) الوسيط الجزء الســابع ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٨٥ ص ٤١٨ .

(٤) الوسيط الجـزء السابع ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٨٥ ص ٤١٨ هامش ٤ .

عن عمل اعتزم القيام به ولكنه لما يبدأه » • وما يجرى على عقد النشر يجرى أيضا على تصرف المؤلف فى حقه المالى ، فيجوز له أن ينزل للغير عن حقه فى مصنف لما يبدأه ، بشرط أن يكون هذا المصنف معينا تعيينا كافيا ، ويشرط ألا يكون التزام المؤلف معلقا على شرط ارادى محض •

هذه هى حدود تصرف المؤلف فى مصنفاته المستقبلة التى لم يبدأها ، ونرى من ذلك أن تصرفه فى مصنف مستقبل هو تصرف صحيح لجواز التعامل فى الأشياء المستقبلة ، ولكن يجب أن يكون المصنف معينا تعيينا نافيا للجهالة ، والا كان التصرف باطلا لعدم تعيين المحل •

أما أن يتصرف المؤلف فى جميع مصنفاته المستقبلة دون تعيين لهذه المصنفات ، أى فى مجموع انتاجه الفكرى فى المستقبل حتى يوم وفاته ، فهذا تصرف ظاهر البطلان • وبطلانه يرجع أولا لعدم تعيين المحل ، ويرجع ثانيا الى أنه يكون بمثابة اتفاق على تركة مستقبلة (١) • ويرجع ثالثا الى أن مجموع انتاجه الفكرى فى المستقبل أمر متصل بشخصه فهو أقرب الى الحقوق المتعلقة بالشخصية التى لا يجوز التصرف فيها • وهو يرجع قبل ذلك كله الى أن المؤلف بهذا الاتفاق يربط نفسه الى آخر حياته فى مجموع انتاجه الفكرى ، وهذا التزام أبدى قمين أن يلحق به الغبن الفادح ، فيكون الاتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام (٢) •

٢٢٤ — التصرف فى النسخة الأصلية من المصنف :

تنص المادة ٤١ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى :

« لا يترتب على التصرف فى النسخة الأصلية من المؤلف ، أيا كان نوعه ،

---

(١) انظر الوسيط ، الجزء الاول ، المجلد الاول ، الطبعة الثالثة المنقحة ص ٥٠٦ هامش ١ •

(٢) وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن المقصود من عدم جواز التصرف فى مجموع الانتاج الفكرى المستقبل الذى نصت عليه المادة ٤٠ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ انما هو تحريم تصرف المؤلف للغير فيما قد تنتجه قريحته الفنية أو الأدبية فى المستقبل ، لأن فى ذلك اهدارا لشخصيته ولحقوقه المعنوية البحتة التى قد يتضاءل قبلها ما قد يجنيه من مزايا مالية (استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٥٩ المحاماة ٤١ رقم ٣٥٤ ص ٦٨٣) .

نقل حق المؤلف ، ولكن لا يجوز الزام من انتقلت اليه ملكية هذه النسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك » (١) .

وقد قدمنا (٢) أن من يشترى نسخة من مصنف ، اسطوانة مثلا ، ليس له أن يباشر على النسخة حقوق المؤلف لأن هذه الحقوق لم تنتقل اليه . فليس له أن يذيع الاسطوانة على الجمهور بطريق الأداء العلنى ، ولا أن يطبع من الاسطوانة نسخا يعدها للبيع للجمهور . ولكننا هنا فى معرض شراء النسخة الأصلية للمصنف ، النسخة الأصلية بالذات لا أية نسخة عادية من نسخ المصنف . فهل يتغير الحكم ، اذ أن المشترى قد حصل على النسخة الأصلية (manuserit) ذاتها فيكون هذا قرينة على انتقال حقوق المؤلف اليه مع انتقال ملكية النسخة الأصلية ؟ تجيب المادة ٤١ سالفة الذكر أنه لا يترتب على انتقال ملكية النسخة الأصلية لشخص أن تنتقل اليه حقوق المؤلف . والسبب فى ذلك أنه لو أريد نقل حقوق المؤلف الى من انتقلت اليه ملكية النسخة الأصلية ، لوجب ، طبقا لنص المادة ٣٧/٢ التى تقدم ذكرها ، أن يكون الاتفاق على نقل حقوق المؤلف « مكتوبا وأن يحدد صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف ، مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه » (٣) . ومن ثم لا يكفى نقل ملكية النسخة الأصلية الى شخص ليستفاد ضمنا

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية فى خصوص هذه المادة : « ونصت المادة ٤١ على أن التصرف فى النسخة الأصلية للمصنف لا يترتب عليه فى الأصل نقل حق المؤلف ، وهذا تطبيق لحكم الفقرة الثانية من المادة ٣٧ ، ما لم يتفق على غير ذلك . كما ان عدم الزام من انتقلت اليه ملكية هذه النسخة بوضعها تحت تصرف المؤلف لنسخها أو عرضها تطبيق للقواعد العامة فى خصائص الملكية » .

ويقابل النص فى المشروع الجديد المادة ٤٢ . والنصان متطابقان معنى ، ويكادان يتطابقان لفظا .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٧ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٢١٩ .

من ذلك نقل حقوق المؤلف اليه ، فنقل حقوق المؤلف يقتضي اتفاقا صريحا مكتوبا محددا فيه كل حق أريد نقله . مع تحديد نطــاق هذا الحق ومدة الاستغلال ومكانه •

ولكن يكون من انتقلت اليه ملكية النسخة الأصلية حرا فى مباشرة سلطاته التى يخولها اياه حق الملكية ، فلا يكون للمؤلف — ما لم يتفق معه على غير ذلك — حق فى الزامه بأن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية اذا كانت لمصنف أدبى أو علمى أو النقل عنها أو عرضها اذا كانت لمصنف فنى كصورة أو تمثال •

ويبقى بعد ذلك أحد أمرين : اما أن يتفق المؤلف مــع مالك النســخة الأصلية على تمكينه من نسخ هذه النسخة أو نقلها بمقابل أو بغير مقابل ، أو أن يتفق مالك النسخة الأصلية مع المؤلف على أن ينقل اليه حقوقه • ففى الحالة الأولى يستطيع المؤلف بنسخ النسخة الأصلية أو نقلها أن يباشر حقه فى استغلاله المالى لمصنفه ؛ وفى الحالة الثانية يستطيع مالك النسخة الأصلية وقد انتقلت اليه حقوق المؤلف أن يباشر هذه الحقوق • أما اذا لم يتفق المؤلف مع مالك النسخة الأصلية على تمكينه من نسخها ، ولم يتفق مالك النسخة الأصلية مع المؤلف على أن ينقل اليه حقوقه . ولم يكن هناك سبيل آخر للمؤلف للحصول على نسخة أخرى من مصنفه ، فان ملكية النسخة الأصلية تبقى منفصلة عن حقوق المؤلف ، ولا يســـتطيع المؤلف ولا مالك النسخة الأصلية مباشرة هذه الحقوق •

٢٢٥ — الحجز على حقوق المؤلف :

واذا كان للمؤلف أن يتصرف فى حقه المالى ، فهل يجوز لدائنيــه ترتيبا على ذلك الحجز على هذا الحق لاستيفاء ديونهم ، على أساس أن الأصل فيما يجوز التصرف فيه أن يجوز الحجز عليه ؟ تجيب المادة ١٠ من قانون حماية حق المؤلف على هذا السؤال بما يأتى : « لا يجوز الحجز على حق المؤلف • وانما يجوز الحجز على نســخ المصنف الذى تم نشره • ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ، ما لم

يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » . وقد ورد فى المذكرة الايضاحية فى خصوص هذا النص ما يأتى : « وحقوق المؤلف الأدبية غير قابلة للتصرف فيها بطبيعتها ، شأنها فى ذلك شأن الحقوق الشخصية البحتة التى تتصل بشخص الانسان . ويترتب على ذلك بطلان كل تصرف يتم بشأنها (م ٣٨) ، وعدم جواز توقيع الحجز عليها (م ١٠) . على أن المشروع لم يغفل حقوق الدائنين ، فأباح لهم توقيع الحجز على نسخ المصنف المنشور » . وظاهر من هذا أن المذكرة الايضاحية ترجع عدم جواز الحجز على حق المؤلف الى أن المقصود بحق المؤلف هو حقه الأدبى ، فلا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه ، وفى رأينا أن ما ورد فى المذكرة الايضاحية فى هذا الشأن غير صحيح ، وأن المقصود بالحق الذى لا يجوز الحجز عليه هو الحق المالى للمؤلف . أما الحق الأدبى فبديهى أنه لا يجوز الحجز عليه ولا التصرف فيه لأنه من الحقوق المتعلقة بالشخصية كما قدمنا ، ولم يكن القانون فى حاجة الى النص على ذلك لأنه حكم واضح يستخلص من طبيعة الحق الأدبى . وانما نص القانون على عدم جواز الحجز على الحق المالى ، مع أنه حق بطبيعته يجوز التصرف فيه ، فخالف بذلك القواعد العامة ، ولذلك لزم النص . والسبب فى عدم جواز الحجز على الحق المالى للمؤلف يرجع الى الاعتبار الآتى : يفترض القانون أن المؤلف لم يقرر نشر مصنفه ، فلو أن القانون أجاز الحجز على حقه فى الاستغلال لأرغمه بذلك ، خلافا لما يقتضيه حقه الأدبى ، على تقرير النشر عن طريق الحجز . اذ الدائنون اذا حجزوا على حقه المالى قبل أن يقرر نشر المصنف ، فان النتيجة التى تترتب على ذلك أن هذا الحق المالى يرسو مزاده على مشتر يتولى نشر المصنف بنفسه ، بالرغم من ارادة المؤلف . فغلب القانون هنا الحق الأدبى على الحق المالى ، ولم يجز الحجز على الحق المالى . لكن اذا قرر المؤلف طوعا نشر مصنفه ونشره ، فقد استنفد حقه الأدبى بتقريره النشر ، ولم يبق الا حقه المالى متمثلا فى النسخ التى تم نشرها وهى مملوكة له . ومن هنا جاز ، كما يقول النص صراحة ، للدائنين الحجز على هذه

النسخ (١) . فاذا بيعت فى المزاد واستولى الدائنون على الثمن ، ولم يستكملوا استيفاء حقوقهم من هذا الثمن ، فانهم لا يجوز لهم بعد ذلك أن يحجزوا بما بقى لهم من حقوق على حق المؤلف فى الاستغلال المالى ، والا كان فى ذلك ارغام له على اعادة تقرير نشر المصنف ، وفى هذا تعارض مع حقه الأدبى . كذلك لا يجوز للدائنين الحجز على حق المؤلف المالى فى المصنفات التى مات عنها قبل أن يقرر نشرها ، لنفس الاعتبارات التى تقدم ذكرها . لكن اذا ثبت بصفة قاطعة أن المؤلف كان قبل موته قد استهدف نشر هذه المصنفات ، جاز عندئذ للورثة أن ينشروها ، ومن ثم جاز للدائنين الحجز على حق المؤلف اذ يتمحض فى هذه الحالة حقا ماليا لا يتعارض مع الحق الأدبى . واذا رسا المزاد على مشتر ، أصبح هذا المشترى هو صاحب الحق المالى وتولى بنفسه نشر المصنف ، والثمن الذى يرسو به المزاد يستوفى منه الدائنون حقوقهم ، وما بقى يكون من حق الورثة (٢) .

وقد نظم المشروع الجديد الحجز على حق المؤلف تنظيما أدق ، اذ نص فى المادة ١٠ منه على ما يأتى : « لا يجوز الحجز على حق المؤلف . ومع ذلك يجوز لدائنى المؤلف ، الذى تراخى فى استغلال مصنفه بعد نشره ، أن يحصلوا من رئيس المحكمة الابتدائية على أمر باستغلال هذا المصنف ، ويشمل الأمر بيانا بحدود هذا الاستغلال وبالمدة التى يتم فيها . فاذا كان المؤلف قد توفى قبل نشر المصنف ، فيشترط لاستصدار

---

(١) انظر ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ١٥٩ — فقرة ١٦٠ .

(٢) قارب فى هذه المسألة اسماعيل غانم فى نظرية الحق ص ٦٥ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٢٨ — منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٩٠ — ص ٩١ — وانظر فى ان الحق المقصود بعدم جواز الحجز عليه هو الحق الأدبى للمؤلف دون الحق المالى : سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية فقرة ٢٦٦ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٩٣ والمدخل للقانون الخاص فقرة ٢٦٨ — حسن كيرة فى أصول القانون فقرة ٢٥٩ ص ٦٥٥ .

الأمر المذكور أن يكون المؤلف قد قصد قبل وفاته نشر مصنفه » . والنص هنا واضح فى أن المقصود بالحق الذى لا يجوز الحجز عليه هو الحق المالى ، وقد جاءت المذكرة الايضاحية للمشروع الجديد صريحة فى هذا المعنى (١) . وقد نظم النص طريقا عمليا للدائنين فى الالتجاء الى القضاء ، اذا ثبت أن المؤلف قد قرر نشر مصنفه ، ثم تراخى وهو حى فى استغلاله بعد نشره ، أو مات قبل أن ينشره . ولا يوجد ما يمنع من الالتجاء الى القضاء على النحو المبين فى المشروع الجديد ، دون حاجة الى نص صريح فى هذا المعنى ، فان هذا النحو من الالتجاء الى القضاء لا يتعارض مع القواعد العامة .

المطلب الثانى

الحق المالى بعد موت المؤلف

٢٣٦ — انتقال الحق المالى الى خلفاء المؤلف لمدة معينة :
يبقى الحق المالى يتمتع به المؤلف طوال حياته . ثم ان هذا الحق لا ينقضى بموت المؤلف ، بل يبقى بعد موته وينتقل الى خلفائه .

---

(١) اذ ورد فى هذه المذكرة ما ياتى : « وتنص المادة ١٠ من المشروع على خصيصة من خصائص الحق المالى للمؤلف ، فتقتضى بعدم جواز الحجز على حق المؤلف . وهو حكم واضح تمليه طبيعة حق المؤلف التى لا تجعل لدائنيه فائدة من الحجز على حقه فى الاستغلال ، بما يتضمنه من سلطة تقرير نشره ، باعتبار أن حق النشر للمؤلف وحده لا يجوز التنازل عنه ؛ وهذا ما يستتبع عدم جواز الحجز على هذا الحق . على انه اذا استعمل المؤلف حقه فى النشر ثم تراخى بعد ذلك فى استغلال مصنفه بعد نشره ، فانه فى هذه الحالة يجوز لدائنيه ان يحصلوا من رئيس المحكمة الابتدائية على أمر باستغلال المصنف ، ويشمل الأمر بيانا بحدود هذا الاستغلال وبالمدة التى يتم فيها . وقد نصت المادة ١٠ ايضا على حكم اجيز بمقتضاه لدائنى المؤلف أن يباشروا هذا الحق بعد وفاته ويستصدروا الأمر المذكور ، ولكن بشرط ان يثبت هؤلاء الدائنون أن المؤلف كان قد قصد قبل وفاته نشر مصنفه » .

واذا دام طوال حياة المؤلف ، فانه لا يدوم بعد موته • فهو على خلاف الحق الأدبي حق موقت ، ولا يبقى بعد انتقاله الى خلفاء المؤلف الا لمدة معينة هي مدة الحماية التي أضفاها القانون على الحق •

فعندنا اذن مسألتان : ١ — من هم خلفاء المؤلف • ٢ — مدة الحماية التي أضفاها القانون على الحق •

١ — خلفاء المؤلف

٢٢٧ — الورثة :

تنص المادة ١٨/١ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « بعد وفاة المؤلف يكون لورثته وحدهم الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المالي المنصوص عليها في المواد ٥ و ٦ و ٧ • فاذا كان المصنف عملا مشتركا وفقا لأحكام هذا القانون ، ومات أحد المؤلفين بلا وارث ، فان نصيبه يؤول الى المؤلفين المشتركين أو خلفهم ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » (١) •

ويتبين من هذا النص أنه اذا مات المؤلف ، انتقل حقه في الاستغلال المالي لمصنفه الى ورثته الشرعيين ، كل بمقدار حصته في الميراث فاذا ترك أولادا وزوجة وغيرهم من الأقارب ، لم ترث الزوجة في حقه المالي الا الثمن ، وباقي الحق للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولمن يرث مع الأولاد من الأقارب كالأب والأم ، كل بقدر حصته في الميراث • ويخلف

---

(١) يقابل النص في المشروع الجديد المادة ١٩ ، وتجرى على الوجه الآتي : « لورثة المؤلف وحدهم الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المالي المشار اليها في هذا القانون ، ولهم وحدهم الحق في الافادة من المادة ٤٠ (التصرف في حق الاستغلال المالي) . فاذا كان المصنف مشتركا ، ومات أحد المؤلفين دون أن يترك وارثا أو موصى له ، آل نصيبه الى شركائه في التأليف أو خلفهم ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » . والنص مطابق في المعنى لنص المادة ١٨/١ من قانون حماية حق المؤلف سالف الذكر .

كل وارث فى حصته ورثته من بعده ، ما دامت مدة حماية المصنف لم تنقض . وهؤلاء جميعا — الورثة وورثة الورثة — يباشرون حقوق المؤلف المالية على الشيوع ، ويباشرون أيضا حقوقه الادبية كما سيجىء . ولما كانت مدة الحماية فى الأصل خمسين عاما من وقت موت المؤلف كما سنرى . فان عدد الورثة يتزايد مع الزمن ، وقد تصبح مباشرة حقوق المؤلف أمرا مستعصيا لكثرة العدد (١) .

ويساعد على معالجة هذا العيب الأمور الآتية :

١ — يصح تطبيق أحكام الشيوع فى ادارة الحقوق المالية للمؤلف . فيكون رأى الاغلبية هو النافذ .

٢ — يصح عند قسمة التركة أن يؤول الحق المالى للمؤلف الى أحد الورثة دون الباقين ، أو الى عدد قليل من الورثة .

٣ — يجوز للمؤلف ، كما سنرى ، أن يوصى الى شخص أو الى عدد قليل من الأشخاص بحقه المالى ، دون أن يتقيد فى ذلك بالقدر الذى تجوز فيه الوصية .

٤ — وفى جميع الأحوال ينتهى حق المؤلف المالى على الأكثر بانقضاء خمسين عاما من موت المؤلف ، وبانتهاء هذا الحق يؤول المصنف الى الملك العام ، وينقطع التنازع فى مباشرته بواسطة عدد كبير من الأشخاص .

---

(١) وقد قدمنا (انظر آنفا فقرة ١٦٧) ان اللجنة القانونية لجامعة الدول العربية اعدت ، فى سنة ١٩٤٨ ، مشروعا لحماية حق المؤلف . وتقضى المادة ٢٧ من هذا المشروع بأن الورثة الذين لهم حق الاستغلال المالى هم : أولا — زوج المؤلف وفروعه . ثانيا — اصوله . ثالثا — اخوته . ولا يجوز لأفراد فريق من هؤلاء مباشرة هذا الحق الا بعد انقراض الفريق الذى يسبقه ، وتقسم الغلة بين المستحقين بالتساوى فيما بينهم . ولا تسرى وصية المؤلف على زوجه وفروعه فيما زاد على الثلث . (انظر آنفا فقرة ١٦٧ فى الهامش) .

٢٢٨ — الموصى لهم :

تنص المادة ١٨/٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « ومع ذلك يجوز للمؤلف أن يعين أشخاصا بالذات من الورثة أو غيرهم ليكون لهم حقوق الاستغلال المالى المشار اليه فى الفقرة السابقة . ولو جاوز المؤلف فى ذلك القدر الذى تجوز فيه الوصية » (١) . والنص ، كما نرى ، يجيز للمؤلف أن يوصى بحقه فى الاستغلال المالى ، لوارث أو لغير وارث . فيصح أن يوصى بهذا الحق لأحد الورثة دون الباقين ، أو لبعض الورثة دون بعض ، أو لغير وارث أصلا انفرد أو تعدد ، أو لوارث وغير وارث فى وقت معا . والى هنا لا مخالفة لأحكام الشرع الاسلامى فى الوصية . ولكن النص يخالف أحكام الشرع الاسلامى فى أنه يقرر أن المؤلف فى وصيته بحقه لا يتقيد بثلث التركة ، فقد تكون قيمة حقه المالى فى استغلال مصنفه أو مصنفاته أكثر من ثلث تركته ، بل قد تكون كل تركته ، ومع ذلك يجوز له أن يوصى بهذا الحق كله لوارث أو لغير وارث . وتنفذ الوصية فى جميع الحق الموصى به . وكانت أحكام الشرع الاسلامى تقضى بأن الوصية لا تنفذ الا فى ثلث التركة . والسبب فى أن المشرع قرر هذا الحكم دون أن يتقيد فيه بأحكام الشرع الاسلامى أن حق المؤلف فى الاستغلال المالى لمصنفاته هو حق معنوى يقع على شىء غير مادى ، فهو اذن ليس من قبيل الأموال التى تقع على الأشياء المادية والتى ينظر الشرع الاسلامى اليها وحدها فى تقرير أحكام الميراث والوصية . ولما كان المصنف هو نتاج فكر المؤلف ، فهو ألصق به من أمواله التى تقع على أشياء مادية ، ولذلك كان أكثر حرية فى التصرف فيه بالوصية . فقد يرى أن شخصا معينا ، وارثا كان أو غير وارث ، أولى

---

(١) وقد أضيف هذا النص الى مشروع قانون حماية حق المؤلف بعد أن تم اعداده ، والذى أضافه هو مجلس الدولة . ولذلك لم تعرض له المذكرة الايضاحية التى كانت قد أعدت قبل اضافته . وليس للنص مقابل فى المشروع الجديد ، ومن ثم تجرى فى هذا المشروع أحكام الوصية ، فلا تجوز الا فى ثلث التركة ، وتجوز لوارث .

بأن ينتقل اليه حقه المالى فى استغلال مصنفه ، اذ يكون أقدر من غيره على هذا الاستغلال وأكثر فهما لموضوع المصنف وأشد رعاية لحق المؤلف الأدبى اذا ما عهد اليه برعاية هذا الحق فى مقابل نقل الحق المالى اليه .

ولا شك فى أن هذا الحكم مفيد من ناحيتين . فهو من ناحية يمكن المؤلف من نقل حقه المالى الى أولى الناس وأصلحهم بانتقال هذا الحق اليه . ولا يصح القول فى هذا الصدد انه كان يكفى أن يعهد الى هذا الشخص برعاية حقه الأدبى (١) ، فالغرم بالغنم ، وكما ألقى المؤلف على من اختاره عبء رعاية حقه الأدبى فمن حق هذا الشخص أن ينتقل اليه أيضا الحق المالى ، فيكون أشد يقظة فى رعاية الحق الأدبى . والحكم من ناحية أخرى يمكن المؤلف ، اذا كان ورثته الشرعيون كثيرين وخشى أن يقع الخلاف فيما بينهم فى مباشرة استغلال المصنف ، أو كانوا غير صالحين لمباشرة هذا الاستغلال لبعدهم ثقافيا عن موضوع المصنف ، من تعيين شخص واحد أو عدد قليل من الأشخاص لمباشرة استغلال الحق عن طريق الايصاء لهم به .

٢٢٩ — باقى الشركاء فى المصنف :

وهناك فرض خاص واجهه المشرع فى الشطر الثانى من الفقرة الأولى للمادة ١٨ من قانون حماية حق المؤلف ، اذ يقول كما رأينا : « فاذا كان المصنف عملا مشتركا وفقا لأحكام هذا القانون ، ومات أحد المؤلفين بلا وارث ، فان نصيبه يؤول الى المؤلفين المشتركين معه أو خلفهم ، ما لم يوجد اتفاق يخالفة ذلك » .

---

(١) وقد ذهب الأستاذ اسماعيل غانم الى ذلك اذ يقول : « وقد كان يكفى لتحقيق هذا الغرض ان ينص على حق المؤلف فى أن يعين من يشاء لمباشرة سلطاته الادبية بعد وفاته ، على ان يظل الحق المالى للورثة لا يجوز الايصاء به فيما زاد على ثلث التركة طبقا للقواعد العامة » (اسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٦٦ — وانظر ايضا منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٩٢) .

والأصل أن المؤلف اذا مات دون أن يترك ورثة أو موصى لهم ينتقل اليهم حقه المالى فى استغلال المصنف ، فان هذا الحق ينقضى بموته ، ويؤول المصنف الى الملك العام ؛ ولا يؤول الى الدولة باعتبارها مالكة للتركات التى لا وارث لها . ولكن اذا كان هذا المصنف مشتركا بين عدد من المؤلفين ، كما اذا كان مصنفا سينمائيا يشترك فيه مؤلف السيناريو ومؤلف الحوار ومن قام بتحوير المصنف الأدبى والمخرج وواضع الموسيقى وصاحب المصنف الأصلى ؛ ومات أحد من هؤلاء دون وارث أو موصى له ينتقل اليه حقه المالى ، فان هذا الحق لا يؤول الى الملك العام فى هذه الحالة ، بل ينتقل الى باقى الشركاء ، أو لمن خلف هؤلاء الشركاء اذا كان الشركاء هم أيضا قد ماتوا أو مات بعضهم ، كل بنسبة حصته فى المصنف . وهذا حكم سديد ، ففضلا عن الصعوبات العملية التى تنجم من أن يكون بعض المصنف قد آل الى الملك العام وبعضه الآخر لا يزال متمتعا بالحماية ، فان الشركاء أولى من الملك العام بانتقال حق شريكهم اليهم . وهذا ضرب من ضروب حق الاسترداد (droit de retrait) دون مقابل ، يتمكن به باقى الشركاء من مباشرة حقهم المالى على المصنف كله ، وذلك الى أن تنقضى مدة الحماية ويؤول المصنف الى الملك العام .

٢ — مدة الحماية التى أضفاها القانون على الحق المالى

٢٣٠ — مدة الحماية فى الأصل خمسون عاما بعد موت المؤلف :

قدمنا أن الحق المالى للمؤلف حق موقت ، فهو يدوم فى الأصل طول حياة المؤلف وخمسين سنة أخرى بعد موته ، وعند انقضاء هذه المدة يؤول المصنف الى الملك العام فيصبح من حق كل شخص أن ينشره وأن يباشر عليه حق الأداء العلنى دون اذن ودون مقابل . وتنص المادة ١/٢٠ من قانون حماية حق المؤلف فى هذا الصدد على ما يأتى : « مع عدم الاخلال بحكم المادة الثامنة ، تنقضى حقوق الاستغلال المالى المنصوص عليها فى المواد ٥ و ٦ و ٧ بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف . على أنه بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى لا تكون مصطبغة بطابع

انشائى ، واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا • فتنقضى هذه الحقوق بمضى خمسة عشر عاما تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف » (١) •

والمدة التى يحمى فيها حق المؤلف المالى تستغرق كما قدمنا حياة المؤلف وخمسين عاما بعد وفاته (٢) ، ولم تصل التشريعات التى تحمى حقوق المؤلف الى هذا المقدار من المدة الا تدرجا • فقد كانت مدة الحماية فى أول تشريع صدر فى فرنسا لحماية حق المؤلف — قانون ١٣ يناير سنة ١٧٩١ — خمس سنوات بعد وفاة المؤلف • وزادت هذه المدة الى عشر سنوات فى قانون ١٩ يوليه سنة ١٧٩٣ ، ثم أطيلت الى عشرين سنة بدكريتو ٥ فبراير سنة ١٨١٠ . ثم الى ثلاثين سنة بقانون ٨ ابريل سنة ١٨٥٤ . ثم الى خمسين سنة بقانون ١٤ يوليه سنة ١٨٦٦ • ووقفت مدة الحماية عند هذا القدر فى جميع القوانين التالية ومنها قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ، وهو القانون المعمول به الآن فى فرنسا لحماية حقوق المؤلف • وقد أقرت المؤتمرات والاتفاقيات الدولية ، ابتداء من معاهدة برن الدولية فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ ، أن تكون مدة الحماية خمسين عاما

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية فى صدد هذا النص : « وحق الاستغلال المالى للمؤلف موقوت محدود بأجل نصت عليه المادة ٢٠ ، وهو طيلة حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته . وهذا الأجل هو الذى انتهت اليه المعاهدات الدولية التى اشير اليها فى صدر هذه المذكرة ، وأخذت به اكثر الدول الأوربية . واذا كان المصنف فوتوغرافيا أو خاصا بالانتاج السينمائى الذى يقتصر على نقل المناظر الطبيعية ، سقط الحق بعد انقضاء خمسة عشر عاما منذ تاريخ أول نشر للمصنف » .

ويشير النص فى صدره الى عدم الاخلال بحكم المادة الثامنة ، وهى تنص على أن « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه الى لغة أجنبية أخرى فى ترجمة ذلك المصنف الى اللغة العربية ، اذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره فى مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم » . انظر فى شرح هذه المادة آنفا فقرة ١٧٧ .

(٢) وغنى عن البيان أنه اذا انقرضت ورثة المؤلف قبل انقضاء هذه المدة ، ولم يوجد موصى له ، فان المصنف يؤول الى الملك العام بالرغم من أن مدة الحماية لم تنقض .

من وقت وفـــاة المؤلف • وفى مصر كان مشروع أول مارس سنة ١٩٢٧، يجعل مدة الحماية ثلاثين عاما من وقت وفاة المؤلف ، وعشر سنوات من أول نشر للمصنف لحفظ حق الترجمة الى اللغة العربية • وظلت مـــدة الحماية ثلاثين عاما فى مشروع جامعة الدول العربية • ولكن قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو القانون المعمول به الآن ، جعل مدة الحماية كما رأينا خمسين عاما من وقت وفاة المؤلف تمشـــيا مـــع التشريعات الأجنبية والاتفاقيات الدولية ، الا أنه أنزل مدة حفظ الحق فى الترجمة الى خمس سنوات من أول نشر للمصـــنف بـــدلا من عشر سنوات (١) • وقد وضعت هيئة اليونسكو ، بعد الحرب العالمية الثانية ، اتفاقية دولية لحماية حقوق المؤلفين فى جنيف فى ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، جاء فى المادة ٤ منها أنه لا يجوز أن تنقص مدة الحماية عن فترة تشمل حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته (٢) •

وقد اتجه المشروع الجديد الى انقاص مدة الحماية ، ولعل هـــذا كان من أهم أسباب وضع هذا المشروع ، فنصت المادة ١/٢٠ و ٢ منـــه على ما يأتى : « مع عدم الاخلال بحكم المادة ٨ فقرة ثانية تنقضى حقوق الاستغلال المالى المنصوص عليها فى القانون بمضى خمس وعشرين سنة على وفاة المؤلف ، على ألا تقل مـــدة الحماية فى مجمـــوعها عن خمسين سنة من تاريخ أول نشر للمصنف • عـــلى أنه بالنسبة الى المصـــنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى يقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقـــلا آليا ، فتنقضى هذه الحقوق بمضى خمس سنوات تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف » • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع الجـــديد فى هذا الصدد : « ولئن جعلت مدة الحماية فى معاهدة برن خمسين سنة بعد وفاة المؤلف ، الا أن ثمة اتجاها عاما الى الحـــد منها • وآية ذلـــك أن

(١) انظر فى كل ذلك ما قدمناه آنفا فقرة ١٦٧ •
(٢) انظر آنفا فقرة ١٦٧ فى الهامش •

الاتفاقية الدولية لحماية حقوق المؤلفين المبرمة فى جنيف عام ١٩٥٢ نصت فى مادتها الرابعة على أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية للمصنفات التى تنطبق عليها هذه الحماية عن فترة تشمل حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته ، كما أن المشروع الذى وضعته الجامعة العربية ينقص مدة الحماية فى المادة ٢٢ منه الى ثلاثين سنة بعد وفاة المؤلف . وكانت اللجنة التشريعية بمجلس النواب المصرى قد أشارت — وهى بصدد بحث قانون حقوق المؤلف — الى جعل الحماية خمسا وعشرين سنة ، بينما كانت المدة المحددة فى مشروع سنة ١٩٢٧ ثلاثين سنة . ولا يمتد أجل الحماية فى انجلترا الا سبع سنوات بعد وفاة المؤلف ، على ألا تقل فى مجموعها عن اثنتين وأربعين سنة من تاريخ أول نشر للمؤلف . ومن ثم فقد رأى المشروع أن يقف من شتى هذه الاتجاهات موقفا وسطا ، متوخيا فى الوقت ذاته حفظ حقوق المؤلفين وصيانة ثرواتهم . فجعل فى المادة ٢٠ مدة الحماية مدى حياة المؤلف وخمسا وعشرين سنة بعد وفاته ، على ألا تقل الحماية فى مجموعها عن خمسين سنة » .

وقد تكون هذه الاعتبارات التى حدت بالمشروع الجديد على انقاص مدة الحماية من خمسين سنة الى خمس وعشرين اعتبارات وجيهه ، الا أنه بعد أن صدر قانون حماية حق المؤلف بجعل مدة الحماية خمسين سنة ، لم يعد مستساغا انقاص هذه المدة فى المشروع الجديد ، اذ المألوف أن مدة الحماية تزيد متدرجة وفى التشريعات المتعاقبة ، لا تتناقص .

وقد قدمنا (١) أن هناك مصنفات فوتوغرافية وسينمائية لا تكون مصطبغة بطابع انشائى وتقتصر على نقل المناظر نقلا آليا ، فهذه يكون من الطبيعى أن تتمتع بحماية أقل ، وقد جعلت المادة ٢٠/١ كما رأينا مدة حمايتها خمسة عشر عاما فقط ، وتبدأ لا من وقت وفاة المؤلف بل قبل ذلك من تاريخ أول نشر للمصنف . وقد أنزل المشروع الجديد فى المادة ٢٠/١

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٨٠ فى آخرها .

منه كما رأينا مدة حماية هذه المصنفات من خمس عشرة سنة الى خمس سنوات فقط ، تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف • وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع الجديد فى هذا الصدد ما يأتى : « ولما كان مناط الحماية المقررة لحق المؤلف هو المجهود العقلى أو الابتكار ، وهو ما لا يتوافر فى التصوير الفوتوغرافى والسينمائى الذى يقتصر فيه على مجرد نقل المناظر نقلا آليا ، اذ يكون للآلة فيه الدور الرئيسى وتكون الغلبة للعنصر الآلى الذى لا يمت بصلة الى المجهود الذهنى ، فقد جعل المشروع مدة الحماية بالنسبة لهذه المصنفات خمس سنوات تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف • مراعيا فى ذلك ما قد يتكبده المصور من جهد مادى فى سبيل الحصول على الصورة » •

هذا ومدة الحماية أيا كان مقدارها ، يبدأ سريانها فى الأصل من وقت موت المؤلف ، ويبدأ السريان فى بعض الأحوال الاستثنائية من تاريخ أول نشر للمصنف • فنبحث الأصل ، ثم ننتقل الى الاستثناء •

٢٣١ — الأصل أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت موت المؤلف :

قدمنا أن الأصل أن يبدأ سريان مدة الحماية من وقت موت المؤلف ، فالخمسون عاما التى يحمى فيها القانون الحق المالى للمؤلف يبدأ سريانها من وقت موت المؤلف : أى أن المصنف يحمى مدة حياة المؤلف وخمسين عاما أخرى تسرى من وقت موته • وهناك حالتان تدخلان فى هذا الأصل ، وهما فى حاجة الى شىء من التفصيل :

(الحالة الأولى) المصنفات المشتركة • وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف فى شأنها على ما يأتى : « وتحسب المدة فى المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين » (١) • فاذا كان هناك مصنف مشترك بين أكثر من شخص

---

(١) تطابق المادة ٢/٢٠ فى المشروع الجديد ، معنى ولفظا .

واحد ، كمصنفات الموسيقى الغنائية ، والمصنفات السينمائية والمصنفات المعدة للاذاعة اللاسلكية أو التليفزيون . فإن سريان مدة الحماية لا يبدأ بمجرد موت أحد هؤلاء الشركاء ، بل يتراخى حتى يموت آخر من يبقى حياً منهم ، ومن وقت موته يبدأ سريان مدة الحماية . وعلى ذلك يتمتع من مات أولا من الشركاء بمدة حماية أطول ، اذ تستغرق هذه المدة حياته هو ، ثم حياة جميع الشركاء الذين يموتون بعده ، ثم تستمر خمسين عاما بعد موت آخر من يموت منهم . واذا كان هناك مصنف جماعي اشترك في وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعي تكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ، فان هذا الشخص الطبيعي يعتبر مؤلفا للمصنف (م ٢٧/٢ من قانون حماية حق المؤلف)[1] ، ويبدأ سريان مدة الخمسين عاما من وقت وفاة هذا الشخص الطبيعي . فاذا كان الذي وجه المصنف الجماعي وتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه هو شخص معنوي ، اعتبر هذا الشخص المعنوي أيضا هو المؤلف (م ٢٧/٢ من قانون حماية حق المؤلف)[2] ، ويبدأ سريان مدة الخمسين عاما من تاريخ أول نشر للمصنف الجماعي ، شأن الشخص المعنوي هنا شأن سائر الأشخاص المعنوية (م ٢٠/٣ من قانون حماية حق المؤلف) كما سنرى .

(الحالة الثانية) المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف : تنص المادة ٢٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « تحسب مدة الحماية بالنسبة الى المصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف من تاريخ وفاته ، وذلك مع عدم الاخلال بحكم الفقرة الثانية من المادة العشرين من هذا القانون »[3] . والمفروض هنا أن المصنف لم ينشر الا بعد وفاة المؤلف ، وقد تولى نشره خلفه بعد موته بخمس

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٩٥ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٥ .

(٣) تطابق المادة ٢٤ في المشروع الجديد في المعنى ، وتكاد تطابقها في اللفظ .

سنين مثلا . ففى هذه الحالة يحمى المصنف مدة خمسين عاما ، ولكن هذه المدة يبدأ سريانها ، لا من وقت نشر المصنف كما قد يتبادر الى الذهن ، بل من وقت وفاة المؤلف . فلا يحمى المصنف اذن فى الفرض الذى نحن بصدده الا مدة خمسة وأربعين عاما من وقت نشره ، اذ هو قد نشر بعد موت المؤلف بخمسة أعوام . ولا يفهم هذا الحكم الا على أساس افتراض قاعدة تقضى بأن أى مصنف يجب أن يؤول الى الملك العام بعد خمسين عاما من موت مؤلفه . أيا كان تاريخ نشر هذا المصنف . وعلى ذلك لو نشر المصنف بعد ثلاثين عاما من وقت وفاة المؤلف ، لم يحم هذا المصنف الا مدة عشرين عاما من وقت نشره اذ يكون قد مضى خمسون عاما اذ ذاك على موت المؤلف . ولو بقى المصنف غير منشور مدة خمسين عاما بعد موت المؤلف . فانه يكون عندئذ قد آل الى الملك العام ، واذا نشره خلفاء المؤلف فانه ينشر غير محمى ، ويجوز لأى شخص أن يعيد نشره دون أن يستأذن أحدا ودون أن يدفع أى مقابل (١) . ويخفف من أثر هذا الحكم ما ورد فى النص من وجوب عدم الاخلال بحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف . وهذه الفقرة تقضى ، كما رأينا ، بأن تحسب مدة الحماية فى المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين . فلو أن أحد الشركاء فى مصنف مات قبل أن ينشر المصنف ، ثم نشر فى حياة الشركاء الآخرين ، ومات آخر من بقى حيا من هؤلاء الشركاء بعد عشرين سنة من نشر المصنف ، فان مدة الخمسين عاما يبدأ سريانها من وقت وفاة هذا الشريك الأخير ، أى بعد سبعين عاما من وقت نشر المصنف ، وأكثر من سبعين عاما من وقت وفاة الشريك الأول .

---

(١) وفى فرنسا ، بموجب دكريتو ٢٢ مارس سنة ١٨٠٥ ودكريتو ٨ يونيه سنة ١٩٠٦ ، أعطى للشخص الذى ينشر مصنفا بعد موت المؤلف ، بشروط معينة اهمها ان يكون مالكا للنسخة التى اشتملت على نصوص المصنف ، حق مالى فى الاستغلال شبيه بحق المؤلف (انظر فى ذلك ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٣١) .

٢٣٢ — والاستثناء أن يبدأ سريان مـدة الحمـاية من وقت نشر المصنف :

وهنا ثلاث أحوال استثنائية يبدأ سريان مدة الحماية فيها ، لا من وقت وفاة المؤلف ، بل من وقت نشر المصنف . وهذه الأحوال هي :

أولا — المصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التي لا تكون مصطبغة بطابع انشائي واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا . فقـد رأينا (١) أن الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلـف تقضي بأن مدة الحماية في هذه الحالة ، وهي خمسة عشر عاما ، تبـدأ من تاريخ أول نشر للمصنف . فمن الممكن اذن أن تنتهي مدة الحماية هنـا قبل وفاة المؤلف بمدة طويلة .

ثانيا — المصـنفات التي يكون مؤلفوها أشخاصا معنـوية عامة أو خاصة . وتنص المادة ٢٠/٣ من قانون حماية حق المؤلف في هذا الصدد على ما يأتي : « وتحسب هذه المدة (مدة الحماية) من تاريخ النشر ، اذا كان صاحب الحق شخصا معنويا عاما أو خاصا » (٢) . والمثل الـذي أورده القانون لمصنف يكون مؤلفه شخصا معنويا عاما أو خاصا هـو المصنف الجماعي ، اذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون حماية حق المؤلف ، كما رأينا (٣) : « ويعتبر الشخص الطبيعي أو المعنـوي الذي وجه ابتكار هذا الصنف (المصنف الجماعي) ونظمه مؤلفا ، ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف » . فلو أن شخصا معنويا خاصا كجمعية أو شركة ، أو شخصا معنويا عاما كمجمع اللغة العربية يضـع معجما أو هيئة من هيئات الحكومة الثقافية تضع دائرة معارف ، وجـه

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٣٠ .

(٢) يطابق النص المادة ٢٠/٤ في المشروع الجديد في المعنى . ويكاد يطابقه في اللفظ .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٩٥ .

جماعة فى وضع مصنف جماعى وتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ، فان هذا الشخص المعنوى يعتبر هو المؤلف للمصنف الجماعى بنص القانون كما رأينا • ويحمى هذا المصنف مدة خمسين عاما ، لا من وقت وفـــاة المؤلف لأن المؤلف هنا هو شخص معنوى لا يموت كما يموت الشخص الطبيعى ، ولكن من وقت نشر المصنف الجماعى (١) • واذا كان عمل كل من المشتركين فى وضع المصنف الجماعى متميزا عن عمل غيره ، فان كل مشترك فى وضع المصنف يبقى هو المؤلف لعمله وحده ، بحيث لا ينافس المصنف الجماعى ، وتكون مدة حماية هذا العمل المستقل خمسين عـاما من وقت وفاة المؤلف لا من وقت نشر المصنف الجماعى (٢) •

ثالثا — المصنفات التى تنشر غفلا من اسم المؤلف أو تنشر باسم مستعار ، وتنص المادة ٢١ من قانون حماية حق المؤلف فى هذا الصـدد على ما يأتى : « تبدأ مدة الحماية المبينة فى الفقرة الأولى من المـــادة السابقة ، بالنسبة للمصنفات التى تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار ، من تاريخ نشرها ، ما لم يكشف المؤلف عن شخصيته خلالها ، فتبدأ مدة الحماية من تاريخ الوفاة » (٣) • وقد عرضنا تفصيلا فيمـــا تقدم (٤) الى أحكام المصنفات التى تنشر غفلا من اسم المؤلف أو تنشر باسم مستعار • وبينا أنه فى العهد الذى يبقى فيه اسم المؤلف الحقيقى

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٩٥ وفقرة ٢٣١ •

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٥ فى آخرها •

(٣) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : « وعرض المشروع فى المادة ٢١ لبيان حكم حماية المصنفات التى تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار ، فنص على ان مدة حماية هـــذه المصنفات تبدأ من تاريخ نشرها ، ذلك لأن المؤلف مجهول فى هذه الحالة ، فلا يمكن تطبيق حكم المادة ٢٠ بشأنه • على انه قد يكشف عن شخصيته بعد نشر المؤلف ، فتحتسب مدة الحماية فى هذه الحالة طبقا للقاعدة العامة سالفة الذكر ، أى من تاريخ الوفاة » •

ويطابق النص المادة ٢١ فى المشروع الجديد فى المعنى ، ويكاد يطابقه فى اللفـــظ •

(٤) انظر آنفا فقرة ١٩٢ — فقرة ١٩٤ •

مستورا ، يعتبر الناشر هو المفوض فى مباشرة حقوق المؤلف ، ولكن مدة الحماية لا تتصل بشخصه . ولما كان المؤلف مجهولا ، فانه يتعذر أن يبدأ سريان مدة الخمسين عاماً من وقت وفاته ، فلم يكن هناك مناص من جعل سريان هذه المدة يبدأ من وقت نشر المصنف . فاذا مات المؤلف ، وكان قد أذن لورثته فى الكشف عن شخصيته بعد موته ، وجب عليهم الكشف عن هذه الشخصية . وتبدأ مدة الخمسين عاما من وقت وفاة المؤلف بعد أن عرف ، لا من وقت نشر المصنف . واذا كشف المؤلف عن شخصيته حال حياته . فعندئذ يبقى مصنفه محميا طول حياته ، حتى لـو انقضى الخمسون عاما من وقت نشر المصنف ، ويبقى محميا أيضا خمسين عاما أخرى من وقت وفاته (١) .

هذا وقد أوردت المادة ٢٤ من قانون حماية حق المؤلف أحكاما عامة تسرى فى جميع الأحوال التى تبدأ فيها مدة الحماية من وقت نشر المصنف ، فنصت على ما يأتى : « فى الأحوال التى تبدأ فيها مدة الحماية محسوبة من تاريخ نشر المصنف وفقا لأحكام هذا القانون ، يتخذ أول نشر للمصنف مبدأ لحساب المدة بغض النظر عن اعادة النشر ، الا اذا أدخل المؤلف على مصنفه عند الاعادة تعديلات جوهرية بحيث يمكن اعتباره مصنفا جديدا . فاذا كان المصنف يتكون من عدة أجزاء أو مجلدات نشرت منفصلة وعلى فترات ، فيعتبر كل جزء أو مجلد مصنفاً مستقلاً فى حساب المدد » (٢) .

ويفرض النص هنا فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المصنف متعدد الأجزاء ، أى مكونا من

---

(١) انظر فى ذلك ما قدمناه آنفا بفقرة ١٩٤ ، وفى مدى الاستقرار الذى ينشأ من اتصال مدة الحماية بالشخص الظاهر الذى تفوض له مباشرة حقوق المؤلف ما قدمناه آنفا فقرة ١٩٣ .

(٢) يطابق النص المادة ٢٣ فى المشروع الجديد فى المعنى ، ويكاد يطابقه فى اللفظ .

عدة أجزاء أو مجلدات نشرت تباعا فى أوقات متعاقبة • فعند ذلك يعتبر كل جزء أو مجلد مصنفا قائما بذاته . ويحمى مدة خمسين عـاما (أو خمسة عشر عاما) من وقت نشره هو ، دون نظر الى تاريخ نشر الأجزاء أو المجلدات التى سبقته أو التى لحقته ، وعلى ذلك يستقل كل جزء أو مجلد بمدة حمايته الخاصة به • أما اذا نشر المصنف بأجزائه أو مجلداته جميعا فى وقت واحد . فالطبيعى أن تبدأ مدة الحماية من تاريخ هـذا النشر بالنسبة الى جميع الأجزاء أو المجلدات ، ولا يستقل كل جزء أو مجلد بمدة حماية خاصة •

(الفرض الثانى) أن يكون المصنف متعـدد الطبعات . فالعبرة بتاريخ الطبعة الاولى ما دامت الطبعات التالية لم تدخل تعديلا جوهريا على المصنف بحيث تعتبر الطبعة الجديدة المعدلة مصنفا جديدا • وعلى ذلك تبدأ مدة الحماية من تاريخ الطبعة الأولى ، وان تعددت الطبعات بعد ذلك على النحو الذى ذكرناه • فاذا كانت الطبعة الجديدة المعدلة قـد دخلت عليها تعديلات جوهرية جعلتها بمثابة مصنف جديد ، وهذه مسألة واقع تترك لتقدير قاضى الموضوع مستعينا فى ذلك برأى الخبـــراء المتخصصين . فان هذه الطبعة الجديدة تقطع المدة التى كانت قد سرت من وقت نشر الطبعة الأولى . وتسرى مدة حماية جديدة تحسب من وقت نشر الطبعة الجديدة • وقد تكون الطبعة الجديدة قد شارك فيها المؤلف الأصلى مؤلفون آخرون . فتعتبر هذه الطبعة بمثابة مصنف جديد مشترك وتسرى بالنسبة اليها مدة حماية خاصة تبدأ من وقت نشرها • أما الطبعة الأخرى السابقة التى استقل بوضعها المؤلف الأصلى فتبقى مدة حمايتها على ما كانت . يبدأ سريانها من وقت نشر هذه الطبعة السابقة • وعـلى ذلك يكون للمصنف فى هذا الفرض مدتا حماية مستقلتان احداهما عـن الأخرى ، مدة بالنسبة الى الطبعة التى استقل بوضعها المؤلف الأصلى ، وتسرى من وقت نشر هذه الطبعة ، ومدة أخرى بالنسبة الى الطبعة التى اشترك فيها مع المؤلف الأصلى مؤلفون آخرون وتسرى مـن وقت نشر المصنف فى حالته الجديدة مصنفا مشتركا • واذا تعـددت الأجـزاء أو

المجلدات ، ونشرت تباعا فى أوقات متعاقبة ، وتعددت طبعات جزء منها أو أكثر ، فان أحكام تعدد الطبعات التى قدمناها تسرى على كل جـزء أو مجلد أعيد طبعه .

المطلب الثـانى

الحق الأدبى للمؤلف

٢٣٣ ــ خصائص الحق الأدبى للمؤلف ومضمون هذا الحق :
قدمنا أن الحق الأدبى للمؤلف هو من الحقوق المتعلقة بالشخصية ، وليس كحق الاستغلال المالى بحق عينى (١) . ويترتب على أن الحق الأدبى هو من الحقوق المتعلقـة بالشـخصية لا من الحقـوق الماليـة خصيصتان لصيقتان بهذا الحق : فهو أولا حق لا يجوز التصرف فيـه ولا الحجز عليه ، وهو ثانيا حق دائم وليس بحق موقت كحق الاستغلال المالى (٢) .

أما أنه حق لا يجوز التصرف فيه ولا الحجز عليه ، فقد ورد فى ذلك نص صريح ، اذ تقول المادة ٣٨ من قانون حماية حق المؤلف : « يقـع باطلا كل تصرف . الحقوق المنصوص عليها فى المواد ٥ (فقرة أولى) و ٧ (فقرة أولى) و ٩ من هذا القانون » (٣) . والمواد المشار اليها فى هذا النص هى المواد التى تشتمل على مضمون الحق الأدبى للمؤلف ، ويجب أن يضاف اليها المادة ٤٢ التى تعرض لحق المؤلف فى سـحب مصنفه من التداول . وبديهى أنه لما كان الحق الأدبى من الحقوق المتعلقة بالشخصية ، فانه يكون لصـيقا بشـخص المؤلف ، ومن ثم لا يجوز

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٦ فى الهامش .
(٢) انظر آنفا فقرة ٢٠٤ .
(٣) يطابق النص المادة ٣٩ فى المشروع الجديد فى المعنى ، ويكاد يطابقه فى اللفظ .

التصرف فيه ولا الحجز عليه ، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق المتعلقة بالشخصية كالأبوة والبنوة والنسب (١) .

وأما أنه حق دائم ، فمعنى ذلك أنه يبقى طول حياة المؤلف ، ويبقى أيضا بعد موته غير مقيد بمدة معينة كما قيد حق الاستغلال المالى بخمسين سنة . فهو باق حتى بعد انقضاء الخمسين سنة ، ولا ينتهى الا عند ما يطرح المصنف نهائيا في زوايا النسيان . ويتولى مباشرة الحق الأدبى ، بعد موت المؤلف والى أن يزول هذا الحق على النحو الذى ذكرناه ، ورثة المؤلف وخلفاؤه ، جيلا بعد جيل . ويباشرون هذا الحق باسم المؤلف ، ويمثلونه في مباشرته (٢) .

وللحق الأدبى مضمون واسع ، فهو يشتمل على الحقوق الآتية : ١ ـ حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه . ٢ ـ حق المؤلف في نسبة مصنفه اليه . ٣ ـ حق المؤلف في دفع الاعتداء عن مصنفه . ٤ حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول .

١ ـ حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه

٢٣٤ ـ (أ) حق تقرير النشر في حياة المؤلف :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه ، وفي تعيين طريقة هذا النشر » (٣) . وهذا من أهم مشتملات الحق الأدبى للمؤلف ، فالمؤلف وحده هو الذى يحدد ما اذا كان مصنفه قد تم وأصبح قابلا

---

(١) ديبوا في انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٤٣ .

(٢) ديبوا في انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٤٣ وفقرة ٣٤٥ .

(٣) يطابق النص الفقرة الأولى من المادة ٥ من المشروع الجديد في المعنى ، ويكاد يطابقه في اللفظ .

للنشر ، وهو الذى يختار الوقت الذى ينشره فيه ، ويعين طريقة هذا النشر . فالمصنف هو نتاج فكره ، ولصيق بشخصه ، وقد لا يرضى عنه فيؤثر ألا ينشره ، ومن ثم لايجوز لأحد أن يجبره على نشره (١) واذا رضى عن عمله وقرر نشره ، فقد يختار أن ينشره فى وقت معين يكون فى نظره هو أنسب الأوقات لنشره . قد يرى مثلا أن ينشره فى معرض يقام فى وقت معين ويعرضه للبيع فى هذا المعرض ، أو يقدمه لنيل جائزة ، أو يدمجه فى مجموعة عند ظهورها ، أو يبيعه من شخص معين أو يهبه اياه ، وهكذا يكون للمؤلف الحرية التامة فى اختيار وقت النشر . ولا أحد يستطيع أن يجبره على تقديم الوقت الذى يختاره أو على تأخيره . وله كذلك أن يعين طريقة النشر ، فقد يختار أن تمثل مسرحيته دون أن تنشر فى كتاب ، أو يأذن فى تحويل رواية أو قصة قام بتأليفها الى مسرحية دون أن يأذن فى تحويلها الى مصنف سينمائى أو دون أن يأذن فى اذاعتها بالراديو أو التليفزيون . وقد يختار أن يهدى مصنفه لصفوة مختارة من الناس ، دون أن يعرضه على الجمهور للبيع .

وقبل أن يقرر المؤلف نشر مصنفه ، لا سبيل لأحد على هذا المصنف لأنه لم يولد بعد كمصنف تام الخلقة . ولا يستطيع دائن المؤلف أن يحجز عليه ، اذ فى الحجز أرغام للمؤلف على النشر كما قدمنا (٢) . وتقرير النشر هو بمثابة شهادة الميلاد للمصنف . فمن ذلك الوقت يوجد المصنف وتترتب عليه سائر الحقوق الأدبية وجميع الحقوق المالية .

---

(١) وقد قضى بأنه اذا مزق مصور صورة لم يرض عنها والقى بها فى الطريق ، فالتقطها أحد المارة ، وتملكها بالاستيلاء ، لم يجز لهذا الأخير أن يعيد ترتيب الأجزاء الممزقة وينشر الصورة دون موافقة صاحبها (السين ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٤٨ ـ ٢ ـ ٨٩) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٢٥ ـ وقد يعرض فنان فى أحد المعارض صورة رسمها ليتعرف رأى الجمهور فيها ، ولكن دون أن يعرضها للبيع . ففى هذه الحالة لا يعتبر الفنان انه قد قرر نشر الصورة ، ومن ثم لا يجوز الحجز عليها (ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٤٦) .

٣٢٥ ـ أثر التزام المتعاقد المؤلف بالنشر :

وقد يتعاقد المؤلف مع عميل أو ناشر بأن يرسم صورة أو ينحت تمثالا أو يضع لحنا موسيقيا أو يؤلف كتابا ، فما هو أثر هذا التعاقد فى التزام المؤلف بالنشر ؟ يلتزم المؤلف فى الأصل بانجاز العمل الذى تعهد بالقيام به ونشره عن طريق تسليمه للمتعاقد معه ، ولكن اذا اصطدم التزامه هذا بحقه الأدبى فى تقرير نشر مصنفه وجب التوفيق بين الالتزام والحق . ويجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) أن تحول قوة قاهرة دون أن يبدأ المؤلف العمل أو دون أن يتمه . وعلى المؤلف اثبات القوة القاهرة • وفى هذا الفرض يتحلل المؤلف من التزامه طبقا للقواعد العامة . ولا يكون مسئولا حتى عن التعويض •

(الفرض الثانى) أن يبدأ المؤلف العمل ولا يتمه ، أو يتمه ولكنه لا يرضى عنه ، دون أن تكون هناك قوة قاهرة • وفى هذا الفرض يكون للمؤلف الحق فى ألا يسلم العمل للمتعاقد معه . ولا يجبر على ذلك احتراما لحقه الأدبى فى تقرير النشر • بل هو غير مكلف فى أن يبدى الأسباب التى منعته من البدء فى العمل ، أو منعته من التسليم بعد أن أتم العمل • ويكفى أن يتذرع بحقه الأدبى . وبأنه غير راض عن القيام بهذا العمل ، أو غير راض عن العمل بعد أن أتمه حتى لو كان المتعاقد معه يراه عملا مرضيا ويعلن أنه يقبل تسلمه كما هو دون أى تهذيب وأنه يستجيب لما يطلبه كل الاستجابة • ذلك أن المؤلف يستقل بتقديره الشخصى ، فهو وحده الذى يقرر ما اذا كان يبدأ العمل ، واذا بدأه فهو وحده الذى يقرر اذا كان العمل قد أنجز على الوجه الذى يرضاه ويليق بسمعته . وهذا هو معنى حقه الأدبى فى تقرير نشر مصنفه (١) • ولكنه فى هذه الحالة يكون مسئولا عن تعويض المتعاقد معه عن الضرر الذى

---

(١) باريس ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٩ ـ ٢٠ •

أصاب هذا الأخير من جراء اخلال المؤلف بالتزامه طبقا للقواعد العامة ، ولا يكون المتعاقد معه مكلفا باثبات أى خطأ فى جانب المؤلف حتى يكون مستحقا للتعويض ، اذ يكفى أن المؤلف لم يسلمه العمل دون أن تحول قــوة قاهرة دون ذلك . فالتزام المؤلف اذن هــو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية ، وعندما التزم نحو المتعــاقد معه التزم التزاما أصليا بتسليم العمل والتزاما بدليا بدفع التعويض اذا اختار ذلك (١) .

(الفرض الثالث) أن يتم المؤلف العمل على وجه يرضيه ، ولكنه يتخذ من حقه الأدبى تكئة لعدم التسليم . ويثبت المتعاقد معه أن الذى دفع المؤلف الى عدم التسليم هو أنه مثلا وجد صفقة أكثر ربحا فأثرها على الصفقة الأولى ، وتعاقد مع شــخص آخر يعلم بســبق التزامه للشخص الأول . وفى هذا الفرض يكون المؤلف قد أساء استعمال حقه الأدبى ، فلا يكون مسئولا عن التعويض فحسب ، بل يمكن أيضا اجباره على التنفيذ العينى . ومن ثم يستطيع المتعاقد الأول أن ينتزع العمل من يد المتعاقد الآخر ، ويعتبر التنفيذ العينى هو خير تعويض عن اساءة المؤلف لاستعمال حقه وتواطئه مع المتعاقد الآخر (٢) .

٢٣٦ — (ب) حق تقرير النشر بعد موت المؤلف :

تنص المادة ١٩ من قانون حماية المؤلف على ما يأتى : « اذا مات المؤلف على ما يأتى : « اذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه ، انتقل حق تقرير النشر الى من يخلفونه وفقا لأحكام المادة السابقة . ولهؤلاء وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٧ والمادة ٩ . على أنه اذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو

---

(١) انظر فى هذا المعنى ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٤٧ (حيث يذهب الى أن التزام المؤلف هو التزام تخييرى alternative ، ونؤثر كما قررنا فى المتن أن يكون الالتزام بدليا facultative) .

(٢) انظر فى هــذا المعنى ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقــرة ٣٤٨ .

بتعيين موعد له أو بأى أمر آخر ، وجب تنفيذ ما أوصى به »(١) .

ويتضح من هذا النص أن الذين يباشرون حقوق المؤلف الأدبية بعد موته هم ورثته والموصى لهم ، أى خلفاؤه ، فيكون لهؤلاء حق الاستغلال المالى ومباشرة الحقوق الأدبية فى وقت واحد . ولا يوجد ما يمنع من أن يعين المؤلف شخصا أو أكثر بالذات ، من الورثة أو غير الورثة ، يعهد اليهم فى مباشرة حقوقه الأدبية بعد موته ، لاعتبارات يرى المؤلف أنها تجعلهم أصلح من غيرهم فى مباشرة هذه الحقوق .

وفيما يتعلق بحق تقرير النشر ، اذا مات المؤلف ولم يكن قد قرر بعد نشر مصنفه ، فان خلفاءه هم الذين يقررون النشر ، ومتى يكون ، وعلى أية طريقة ، أى يباشرون نفس الحق الذى كان للمؤلف أن يباشره حال حياته . وهم هنا يستعملون الحق الأدبى الى جانب حق الاستغلال المالى . فاذا اختلفوا فيما بينهم فى شأن من شؤون حق تقرير النشر ، جاز الالتجاء الى المحكمة الكلية للبت فى هذا الشأن .

ويجب على خلفاء المؤلف أن يراعوا ما يعرفون من رغبة المؤلف فى صدد حق تقرير النشر ، واذا هو ترك لهم تعليمات صريحة وجب عليهم أن يلتزموها بالدقة اللازمة . فاذا كان قد أوصى مثلا بمنع النشر وجب عليهم أن يمتنعوا ، وأن يغلبوا حق المؤلف الأدبى على حقهم فى الاستغلال المالى . واذا هو أوصى بتعيين ميعاد للنشر ، أو بطريقة معينة للنشر ، أو بأى أمر آخر يتعلق بالنشر ، وجب عليهم أن يلتزموا كل ذلك . ومن حق أى منهم ، بل من واجبه ، أن يلجأ الى المحكمة الكلية لالزام الباقين بمراعاة ما أوصى به المؤلف .

ويجب عليهم ، فى حالة تقرير النشر ، أن يراعوا المصلحة الأدبية للمؤلف قبل أن يراعوا مصالحهم المالية ، كما يجب ، فى حالة عدم تقرير

---

(١) يطابق النص المادة ١٨ فى المشروع الجديد فى المعنى .

النشر ، أن يكون هناك مبرر جدى لذلك ، وقد بسطت عليهم رقابة حكومية فى هذا الشأن من جهة الوزير المختص كما سيلى .

٢٣٧ — مباشرة الوزير المختص لنشر المصنف عند امتناع خلفاء المؤلف عن نشره :

تنص المادة ٢٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « اذا لم يباشر الورثة أو من يخلف المؤلف الحقوق المنصوص عليها فى المادتين ١٨ و ١٩ ، ورأى وزير المعارف العمومية أن الصالح العام يقتضى نشر المصنف ، فله أن يطلب الى خلف المؤلف نشره بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . فاذا انقضت ستة أشهر من تاريخ الطلب ولم يباشروا النشر ، فللوزير مباشرة الحقوق المذكورة بعد استصدار أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ، ويعوض خلف المؤلف فى هذه الحالة تعويضا عادلا (١) » .

ويتضح من النص سالف الذكر أن لوزير المعارف (وقد حل الآن محله وزير الثقافة) رقابة على خلف المؤلف ، عندما يمتنعون عن نشر

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : « نصت المادة ٢٣ على حق وزير المعارف فى الحلول محل هؤلاء (ورثة المؤلف أو خلفه) فى مباشرة الحقوق المنصوص عليها بالمادتين ١٨ و ١٩ ، اذا لم يباشروا هذه الحقوق لعجزهم أو عدم أهليتهم أو غير ذلك من الأسباب ، وكذلك اذا توفى المؤلف من غير وارث أو خلف . فيكون للوزير فى هذه الحالات حق تقرير نشر المصنف الذى لم ينشر فى حياة واضعه ، ما يكون له حق استغلال المؤلف استغلالا ماليا على النحو المبين فى المواد ٥ و ٦ و ٧ . وقد رسم المشروع طريقة استعمال هذه الحقوق ، فنص على صورة الحصول على أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الوطنية ، ولم يغفل النص حق الورثة أو الخلف فى تعويض عادل . وحكمة هذا القيد ظاهرة ، فان فى ترك المؤلفات القيمة مقبورة غير منشورة حرمانا لطلاب الثقافة من خيرها ونفعهما » .

ويقابل النص المادة ٢٤ فى المشروع الجديد ، وتجرى على الوجه الآتى : « اذا لم يباشر ورثة المؤلف أو من يخلفه الحقوق المنصوص عليها فى المادتين ١٨ و ١٩ ، ورأى وزير الثقافة والارشاد القومى أن المصلحة العامة تقتضى نشر المصنف ، فله أن يطلب اليهم نشره ، وذلك بكتاب موصى عليه مصحوب =

مصنف لم ينشر فى حياة المؤلف (م ١٩) ، أو عن اعادة نشر مصنف نشر فى حياته (م ١٨) . فاذا رأى الوزير ان الصالح العام يقتضى نشر المصنف أو اعادة نشره ، لأن فى ذلك تعميما لخيره ونفعه بين طلاب الثقافة . استطاع أن يصل الى ذلك عن طريق اجراءات معينة . وتتلخص هذه الاجراءات فى أن الوزير يبدأ بطلب نشر المصنف ، ويوجه هذا الطلب الى خلف المؤلف بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . ويتربص بعد ذلك ستة أشهر ، فاذا انقضت هذه المدة ولم يباشر الخلف النشر أى لم يبدأوا فيه ، فللوزير أن يستصدر أمرا من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية بالنشر . ويتولى هو هذا العمل على حساب الحكومة. ويكون لخلف المؤلف فى هذه الحالة الحق فى تعويض عادل ، تقدره المحكمة عند الخلاف .

أما فى المشروع الجديد فان المادة ٢٤ منه تنص على أحكام تبرز الفروق بينها وبين أحكام القانون الحالى فيما يأتى :

١ — الطريق الذى يلجأ اليه الوزير (وهو فى المشروع الجديد وزير الثقافة والارشاد القومى) فى نشر المصنف هو الطريق الادارى لا الطريق القضائى : فلا يلجأ الى رئيس محكمة القاهرة ، بل يستولى على المصنف بالطرق الادارية بعد اجراءات معينة .

٢ — فى المشروع الجديد ، الكتاب الذى يرسله الوزير لخلف المؤلف يحدد فيه المدة التى يجب أن يتم فى خلالها النشر .

= بعلم وصول يبين فيه المدة التى يجب ان يتم خلالها النشر . فاذا انقضى ستون يوما من تاريخ الطلب ولم يفصح خلفاء المؤلف عن استعدادهم للنشر او صرحوا بامتناعهم عنه ، كان له الاستيلاء على المصنف بالطرق الادارية ونشره . ويكون له هذا الحق أيضا اذا استجابوا فى الميعاد الى طلب النشر ولم يتموه فى المدة المحددة ، أو اتموا النشر على وجه يخل بقيمة المصنف . وكل ذلك مع عدم الاخلال بحق الورثة أو الخلف فى التعويض » .

٣ — فى المشروع الجديد ، على خلف المؤلف أن يحددوا موقفهم فى خلال ستين يوما من تاريخ الطلب الموجه اليهم ، فان لم يجيبوا ، أو أجابوا بالنفى ، أو استجابوا الى طلب الوزير ولكنهم لم يتموا النشر فى الميعاد المحدد ، أو أتموا النشر على وجه يخل بقيمة المصنف ، كان للوزير أن يستولى على المصنف بالطرق الادارية ويتولى نشره •

واذا باشر الوزير نشر المصنف بعد الاجراءات المتقدم ذكرها ، سواء فى القانون الحالى أو فى المشروع الجديد ، كان له أن يعيد نشره كلما جدت الحاجة الى ذلك بعد أن يتبع نفس الاجراءات •

٢ — حق المؤلف فى نسبة مصنفه اليه

٢٣٨ — (أ) الحق فى نسبة المصنف حال حياة المؤلف :

تنص المادة ١/٩ من قانون حمـــاية حق المؤلف عـــلى ما يأتى : « للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب اليه مصنفه وفى أن يدفع أى اعتداء هذا الحق ••• » (١) •

ويتضح من هذا النص أن للمؤلف الحق فى نســبة مصنفه اليه ، فيكتب اسمه ولقبه ومؤهلاته العلمية وغير ذلك بما يعرفه للناس على كل نسخة من نسخ المصنف الذى ينشره بنفسه أو بواسطة غيره ، وفى جميع الاعلانات عن المصنف (٢) • ويستتبع ذلك أن من يقتبس شيئا من مصنفه ، فى الحدود المسموح بها ، يجب عليه أن يشير الى اسمه والى المصنف • ويستوى فى كل ذلك أن يكون هو المؤلف الوحيـــــد للمصنف ، أو أن يكون مشتركا مع آخرين فى تأليفه • واذا كان المصنف عملا فنيا ، كتمثال أو صورة ، فللمؤلف أن ينقش اسمه على هذا العمل

---

(١) ويطابق النص المادة ١/٩ فى المشروع الجديد ، معنى ولفظا .
(٢) ديبوا فى انسيكلوبيدي داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٦٦ .

الفنى (١) • واذا اختار المؤلف أن ينشر مصنفه باسم مستعار أو بغير أن يحمل اسمه ، فان له الحق فى أى وقت فى أن يكشف عن شخصيته ، وأن يعلن بالطريقة المناسبة عن أنه هو المؤلف ، وقد سبقت الاشـــارة الى ذلــك (٢) •

وحق المؤلف فى نسبة مصنفه اليه حق لا يجـــوز النزول عنه ، كسائر الحقوق الأدبية للمؤلف • واذا تعهـد المؤلف بألا يكشـف عن شخصيته ، كان تعهده باطلا ، وجـاز له فى أى وقت أن يكشـف عن شخصيته بالرغم من هذا التعهد •

٢٣٩ — (ب) الحق فى نسبة المصنف بعد موت المؤلف :

واذا مات المؤلف دون أن يكشف عن شخصيته ، فقد قدمنا (٣) أنه لا يجوز لخلفه من بعده أن يكشفوا عن شخصيته ، ما لم يكن قد أذن لهم فى ذلك قبل موته • فان لم يكن قد أذن لهم ، وجب عليهم أن يبقوا اسمه مستورا كما اختار هو فى حياته •

أما اذا نسب المؤلف المصنف الى نفسه حال حياته ابتداء أو بعد أن كشف عن شخصيته ، فلخلفه أن يباشروا هذا الحق عنه بعد موته ، فيكتبوا اسم المؤلف على كل نسخة من المصنف تنشر بعد موته ، سواء كان النشر بواسطتهم أو بواسطة غيرهم • وقد نصت المادة ١٩ / ٢ من قانون حماية حق المؤلف صراحة بذلك ، اذ تقول كما رأينا : « ولهؤلاء (الخلف) وحدهم مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٧ والمادة ٩ » •

---

(١) واذا نقش مهندس معمارى اسمه على البناء الـذى وضـع تصميمه ، جاز لمالك البناء أن يمحو الاسم من المكان الذى نقش فيه اذا رأى مقتضيا لذلك ، بشرط أن ينقش الاسم فى مكان آخر على نفقته (ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٦٧) •

(٢) انظر آنفا فقرة ١٩٤ •

(٣) انظر آنفا فقرة ١٩٤ •

٢ — حق المؤلف فى دفع الاعتداء عن مصنفه

٢٤٠ — (أ) الحق فى دفع الاعتداء حال حياة المؤلف :

تنص المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده ادخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه ... ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئا من ذلك .. الا باذن كتابى منه او ممن يخلفه » (١) . وتنص المادة ٩ من نفس القانون على ما يأتى : « للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب اليه مصنفه ، وفى أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق ، وله كذلك أن يمنع أى حذف أو تغيير فى مصنفه . على أنه اذا حصل الحذف أو التغيير فى ترجمة المصنف مع ذكر ذلك ، فلا يكون للمؤلف الحق فى منعه . الا اذا أغفل المترجم الاشارة الى مواطن الحذف أو التغيير ، أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف ومكانته الفنية » (٢) .

ويتضح من هذه النصوص أن تعديل المصنف أو تحويره أو تغييره أو الحذف منه أو الاضافة اليه ، كل هذا من حق المؤلف ، يباشره بنفسه ، أو بواسطة من يأذن له فى ذلك . فاذا فعل أحد شيئا من ذلك دون اذنه ، كان فى هذا اعتداء على حقه الأدبى ، وكان له أن يمنع هذا الاعتداء ، فيمنع أى حذف أو تغيير يقع بغير اذنه (٣) .

ولكن سلطة المؤلف فى منع الحذف من مؤلفه والتغيير فيه — كما

---

(١) يطابق النص المادة ٧ فى المشروع الجديد ، وتجرى على الوجه الآتى : « للمؤلف ادخال ما يراه من التعديل او التحويل على مصنفه ، وله ولمن يخلفه أن يعهد الى غيره بأن يباشر ذلك ... ويقع باطلا كل تصرف يرد على حقه فى التعديل أو التحوير » . والنصان متطابقان فى المعنى .

(٢) يطابق النص المادة ٩ فى المشروع الجديد ، معنى ولفظا .

(٣) ويجب على الناشر اذا تولى طبع المصنف ان يطبعه دون اى تغيير فيه ، حتى لو اعتقد أن التغيير هو لمصلحة المصنف ، اذ عليه فى هذه الحالة ان يستأذن المؤلف . ولا يجوز للناشر حذف أية عبارة من المصنف ، حتى لو كانت هذه العبارة تذنفا يستوجب المسئولية ، اذ عليه فى هذه الحالة أن =

تقول المذكرة الايضاحية للمشروع الجديد — « سلطة مقيدة فى حالة ترجمة المصنف . اذ فى هذه الحالة لا يجوز للمؤلف ، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٩ ، أن يمنع ما قد يحدث عند ترجمة مصنفه من تغيير فيه وحذف منه ، الا اذا أغفل المترجم الاشارة الى مواطن الحذف أو التغيير ، أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف أو مكانته الفنية . وهذا حكم عادل من شأنه ألا يحول بين المترجم وما تقتضيه الترجمة من التصرف فى المصنف بنوع من الحذف أو التغيير فيه ، فأجيز ذلك بشرطين روعى فيهما مصلحة المؤلف . وهما شرط ذكر موطن الحذف أو التغيير ، وشرط ألا يكون من شأنهما المساس بسمعة المؤلف أو مكانته الأدبية » .

وكالترجمة أى اشتقاق آخر من المصنف ، كتحويل القصة الى مسرحية أو الى فيلم سينمائى ، فان هذا يقتضى شيئا من الحرية فى التعديل والتغيير والتحوير يجب أن يسمح به لمن يقوم بهذا العمل ، فى حدود ما تستوجبه أصول الفن المتعارف عليها (١) .

٢٤١ — (ب) الحق فى دفع الاعتداء بعد موت المؤلف :

فاذا مات المؤلف ، تولى خلفاؤه ، عنه مباشرة حق دفع الاعتداء

= يستأذن المؤلف فى حذفها ، فان لم يقبل طلب بطلان العقد لمخالفته للنظام العام (ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٥٦ — فقرة ٣٥٧) . وحق المؤلف هذا لا يجوز النزول عنه ، كما هو الأمر فى سائر حقوق المؤلف الأدبية . ومن ثم يكون ترخيص المؤلف مقدما للناشر فى اجراء أى تعديل يرى ادخاله على المصنف باطلا ، اذ يجب تحديد مواطن التعديل وماهيته بالدقة (ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. ٣٦٢) .

(١) انظر آنفا فقرة ٢٠٢ — ولكن المسموح به هو ما يدخل فى حدود ما تستوجبه أصول الفن ، ويكون باطلا اذن ترخيص المؤلف مقدما فى ادخال اى تعديل على مصنفه عند تحويله الى فيلم سينمائى (ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٦٣ — وانظر عكس ذلك وان هذا الترخيص يكون صحيحا السين ٢٦ يوليه سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ٥٣٣) .

عن مصنفه • فاذا أدخل أحد تغييرا أو تحويرا أو حذفا أو اضافة على المصنف ، كان لهم بل عليهم أن يدفعوا هذا الاعتداء • وذلك فى غيـــر ما تقتضيه الضرورة فيما قدمناه متعلقا بترجمة المصنف أو بتحويله أو بالاشتقاق منه • وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٩ ، كما رأينا ، على حق خلفاء المؤلف فى مباشرة حقه فى دفع الاعتداء عن مصنفه بعد موته ، اذ تقول : « ولهؤلاء (الخلف) وحدهم مباشرة حقـــوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٧ والمادة ٩ » •

ولما كانت الفقرة الأولى من المادة ٧ تنص ، كما رأينا ، عـلى أن « للمؤلف وحده أدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصـــنفه » ، فالظاهر أن خلفاء المؤلف لا يباشرون هذا الحق الا فى حدود الاذن للغير فى الترجمة أو التحويل أو الاقتباس أو فيما تقتضيه الضرورة من جعل المصنف متمشيا مع أحدث ما استجد من تطور فى العلم • أما أن يقوموا هم أنفسهم بتعديل المصنف أو تحويره فى غير ضرورة ، فيبدو أن هذا محرم عليهم كما هو محرم على غيرهم ، اذ أن ذلك هـــو حـــق شخصى للمؤلف وحده حال حياته (١) •

٤ ــ حق المؤلف فى سحب مصنفه من التداول

٢٤٢ ــ (أ) الحق فى سحب المصنف حال حياة المؤلف :

تنص المادة ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « للمؤلف وحده ، اذا طرأت أسباب خطيرة ، أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب مصنفه من التداول أو بادخال تعديلات جوهرية عليه برغـــم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى • ويلزم المؤلف فى هـــذه الحالة أن

---

(١) قارن مع ذلك اسماعيل غانم فى النظرية العـــامة للحـــق ص ٦٣ (ويذهب الى أن للورثة الحق فى ادخال التعديلات على مصنف مورثهم) • وقارن كذلك فى هذا المعنى حسن كيرة فى أصول القانون ص ٦٦٣ ــ منصور مصطفى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٨٦ •

يعوض مقدما من آلت حقوق الاستغلال المالى اليه تعويضا عادلا ، يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة والا زال كل أثر للحكم » (١) .

ويتضح من هذا النص أنه ، كما أن للمؤلف حق تقرير نشر مصنفه ، كذلك يكون له حق سحبه من التداول بعد أن قرر نشره (٢) . ويجب أن يستند فى سحب مصنفه الى أسباب خطيرة ، أى أسباب جدية من شأنها أن تبرر السحب ، لا الى أسباب وهمية أو أسباب ترجع الى المـــزاج والملاعمة . ذلك أن المصنف ، بعد نشره ، تتعلق به عادة حقوق للغـــير كالناشر ، فسحب المصنف والاضرار بهذه الحقوق يجب أن يبرره حــق أدبى للمؤلف أقوى من الحق المالى الذى للغير . واذا وقع خلاف فى جدية الأسباب أو فى كفايتها ، تولى القضـــاء (المحكمة الابتدائية) حسم النزاع فى ذلك . وقد يكتفى المؤلف ، بدلا من سحب المصنف ، بادخـــال التعديلات الجوهرية التى يرى ضرورة ادخالها عليه ، وتضرب المذكرة الايضاحية مثلا لسبب أدبى خطير يبرر سحب المصنف فتقول : « فقـــد يضع الكاتب مؤلفه متأثرا برأى استحوذ عليه ، ثم يبدو له بعد البحث والتقصى والاطلاع أنه قد جانب الصواب فى هذا وقد يكون موضـــوع

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : « وللمؤلف فضلا عن ذلك حق سحب المصنف من التـــداول أو تعديله تعديلا جوهريا رغم تصرفه فى حقـــوق الاستغلال المالى ، وذلك اذا طرأت اســـباب أدبية خطيرة تدعو الى ذلك (م ٤٢) . فقد يضـــع الكاتب مؤلفه متأثرا برأى استحوذ عليه ، ثم يبدو له بعد البحث والتقصى والاطلاع أنه قد جانب الصـــــواب فى رأيه هذا وقد يكون موضوع المصـــنف خطيراً هاما . فى مثل هذه الحـــالة تنقطع الصـــلة بين المصنف وواضعه ، فلم يعد معبرا عن حقيقة آرائه ، بل لعـــل وجود المصنف على هذه الصورة يغض من شـــخصيته ويؤذى ســـمعته . ولمواجهة أمثال هذه الحالات قرر المشروع حق المؤلف فى سحب هذا المصنف من التداول . ولم يغفل العقد المبرم بين المؤلف والناشر ، فنص الى جانب حق المؤلف فى سحب المصنف من التداول على تعويض الناشر تعويضا عادلا ، وهو كل ما يبغيه من وراء هذا العقد » .

ويقابل النص المادة ٤٣ فى المشروع الجديد ، والنصـــان متطابقان فى المعنى (غير أن المشروع الجديد ينص على جواز تقديم المؤلف كفيلا بالتعويض ان آلت اليه حقوق الاستغلال المالى) ويكادان يتطابقان فى اللفظ .

(٢) وهذا ما يسمى فى القانون الفرنسى بالحق فى الندم (le droit de repentir) .

المصنف خطيرا هاما • فى مثل هذه الحالة تتقطع الصلة بين المصنف وواضعه ، فلم يعد معبرا عن حقيقة آرائه ، بل لعل وجود المصنف على هذه الصورة يغض من شخصيته ويؤذى سمعته » • وقد يرى المؤلف ، بعد نشر مصنفه والاطلاع على آراء النقاد فيه . أن المصنف قد أحدث أثرا سيئا أضر بسمعته أو بمكانته الأدبية ، من الناحية الدينيه أو الناحية الأدبية أو الناحية الفنية أو أية ناحية أخرى ، فيرى من الضرورى أن يسحب المصنف أو أن يدخل فيه تعديلات جوهرية •

ومتى أقر القضاء المؤلف على سحب المصنف ، قدر تعويضا عادلا للناشر أو للغير الذى تعلق له حق مالى بالمصنف ، ويجب أن يدفع المؤلف هذا التعويض مقدما قبل سحب المصنف بالفعل ، وقد يحدد القاضى أجلا للدفع ، وقد يطلب كفيلا يضمن المؤلف ، فاذا لم يدفع المؤلف التعويض فى الأجل المحدد ، زال أثر الحكم القاضى بالسحب • ويعود المصنف مرة أخرى الى التداول •

ويسرى حكم السحب على أى مصنف توجد أسباب مبررة لسحبه كما اذا كان تمثالا أو صورة فنية ولاحظ الفنان بعد أن باع عمله أن فيه عيبا فنيا يحط من منزلته ومكانته • فمن حقه أن يسترده من المشترى ويرد اليه الثمن الذى تقاضاه منه مع التعويض ان كان له مقتض . كما أن من حقه دون أن يسترده أن يصلح العيب الذى لاحظه فيه دون أن يطلب مقابلا لذلك من المشترى (١) •

٢٤٣ — (ب) الحق فى سحب المصنف بعد موت المؤلف :

ويبدو أن الحق فى سحب المصنف حق شخصى محض للمؤلف نفسه، لا ينتقل منه بعد موته الى خلفائه • فالمؤلف وحده هو الذى يستطيع أن يقدر الأسباب التى تبرر السحب • فاذا مات لم يكن لخلفائه أن يطلبوا

---

(١) انظر فى ان القضاء الفرنسى لا يجيز سحب المصنفات الفنية ما دام مؤلف المصنف الفنى قد سلمه لمن له الحق فيه ديبوا فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prop. Lit. et Art. فقرة ٣٥٣ .

سحب المصنف بعد أن يكون قد نشر وتعلقت به حقوق الغير المالية ، ولو كان ذلك فى مقابل تعويض يدفعه الخلفاء لأصحاب الحقوق المالية . ويرجع ذلك الى طبيعة الحق فى السحب بناء على الاعتبارات التى قدمناها . ولعل هذا هو السبب الذى دعا المشرع أن يقول كما رأينا فى صدر المادة ٤٢ المتعلقة بحق السحب : « للمؤلف وحده ... أن يطلب من المحكمة .... » . كذلك لم تذكر الفقرة الثانية من المادة ٩ ، وهى التى تشير الى النصوص المتعلقة بحقوق المؤلف الأدبية التى يجوز للخلف مباشرتها بعد موت المؤلف ، المادة ٤٢ سالفة الذكر المتعلقة بحق السحب بين هذه النصوص .

المبحث الثانى

طرق حماية حقوق المؤلف

٢٤٤ — نطاق حماية حقوق المؤلف من حيث المكان ومن حيث الزمان :

تنص المادة ٤٩ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « وتسرى أحكام هذا القانون على مصنفات المصريين والأجانب التى تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة فى مصر ، وكذلك على مصنفات المؤلفين المصريين التى تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة فى بلد أجنبى . أما مصنفات المؤلفين الأجانب التى تنشر لأول مرة فى بلد أجنبى ، فلا يحميها هذا القانون الا اذا كانت محمية فى البلد الأجنبى ، وبشرط أن يشمل هذا البلد الرعايا المصريين بحماية مماثلة لمصنفاتهم المنشورة أو الممثلة أو المعروضة لأول مرة فى مصر وأن تمتد هذه الحماية الى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبى (١) » . ويتضح من هذا النص أن قانون حماية حق المؤلف يسرى :

---

(١) يقابل النص المادة ٥٠ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان فى المعنى (فيما عدا أن المشروع الجديد لا يحمى مصنف المؤلف الاجنبى الذى =

(أولا) على المصنفات التى تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة فى مصر . سواء كان المؤلف مصريا أو أجنبيا ، وقد أخذ هنا بالمعيار الاقليمى !!

(ثانيا) على المصنفات التى تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة فى بلد أجنبى ، اذا كان المؤلف مصريا ، وقد أخذ هنا بالمعيار الشخصى .

(ثانيا) على المصنفات التى تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مره فى فى بلد أجنبى لمؤلف أجنبى ، وهذه طائفة هامة من المصنفات ، وأكثر ما ينقل عنه فى مصر هى هذه المصنفات التى ألفها الأجنب ونشروها فى بلادهم . وهذه لا يحميها القانون المصرى الا بالشروط الآتية :

١ ــ أن يكون قانون البلد الأجنبى الذى نشر فيه المصنف يحمى هذا المصنف ، حتى لايقع أن المصنف لا يكون محميا فى بلده ومع ذلك يحمى فى مصر .

٢ ــ أن يحمى قانون هذا البلد الأجنبى فى بلده مصنفات المصريين التى تنشر فى مصر ، حتى تكون هناك معاملة بالمثل ، فلا يحمى القانون المصرى فى مصر مصنفا لأجنبى مالم يكن قانون هذا الأجنبى يحمى مصنف المصرى فى البلد الأجنبى .

٣ ــ أن تمتد هذه الحماية الى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبى ، فقد يتبع البلدالأجنبى بلاد عربية فلابد أن تمتدحماية مصنفات المصريين الى هذه البلاد العربية . وتقول المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : « وأن تمتد هذه الحماية الى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبى. وذلك لأن المصنف العربى قد لا يكون معروفا فى دولة أجنبية ، الا أنه معروف فى البلاد التابعة لها ، فرؤى حماية المؤلفين المصريين فى الدول

= نشر فى بلد اجنبى الا لمدة لاتجاوز المدة المنصوص عليها فى المشروع الجديد) ويكادان يتطابقان فى اللفظ .

ذات الصبغة العربية التابعة للدولة الأجنبية التى تخضـــع لهذا السبب لتشريع هذا البلد الأجنبى » •

وتنص المادة ٥٠ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « مع عدم الاخلال بأحكام المادة السابقة ، تسرى أحكام هذا القانـــون على كل المصنفات الموجودة وقت العمل به ، على أنه بالنسبة لحســاب مدة حماية المصنفات الموجودة ، يدخل فى حساب هذه المدة التى انقضت من تاريخ الحــادث المحــدد لبدء سريان المــدة الى تاريخ العمل بهذا القانون • وتسرى أحكام هذا القانون على كل الحوادث والاتفاقات التالية لوقت العمل به ، ولو كانت متعلقة بمصنفات نشرت أو عرضت أو مثلت لأول مرة قبل ذلك • أما الاتفاقات التى تمت قبل العمل بهذا القانـــون ، وتسرى أحكام هذا القانون على كل الحوادث والاتفاقات التالية لوقت العمل به ، ولو كانت متعلقة بمصنفات نشرت أو عرضت أو مثلت لأول مرة قبل ذلك • أما الاتفاقات التى تمت قبل العمل بهذا القانون ، فــلا تسرى عليها أحكامه ، بل تظل خاضعة للأحكام القانونية التى كانت سارية المفعول وقت تمامها » (١) • ويتضح من هذا النص أن تطبق قانون حماية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضــاحية فى صدد الفقرة الأخيرة من المادة ما يأتى : « أما الاتفاقات التى تمت قبل العمل بالقــانون ، فلا تسرى عليها احكامه ، بل تظل خاضعة للأحكام القانونية التى كانت نافذة وقت عقدها ، وذلك مع عدم الاخلال باحكام المادة ٣٩ الخاصـــة بنصيب المؤلف فى الأرباح الناتجة عن اســـتغلال المصنف زيادة على ما تم الاتفاق عليـــه اذا كان هذا الاتفاق غير عادل أو لم تراع فى تقديره ظروف لم تكن فى الحسبان » . والمادة ٣٩ التى تشير اليها المذكرة الايضاحية لا تعرض لما تنسبه اليها هذه المذكرة ، وهذا هو نصها : « تصرف المؤلف فى حقوقه فى المصنف ، سواء كان كاملا او جزئيا ، يجوز أن يكون على أساس مشاركة نسبية فى الايراد النـــاتج من الاستغلال أو بطريقة جزافية » . والنص الذى يورد الأحكام التى تنســبها المذكرة الايضاحية للمادة ٣٩ هو نص الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من المشروع الجديد (لا من القانون الحالى) ، ويقضى كما رأينا بمـــا يأتى : « ومع ذلك فاذا تبين أن الاتفاق كان مجحفا بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرات بعد التعاقد ، جاز للقاضى ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يقضى للمؤلف ، علاوة على ما اتفق عليه ، بجزء من الربح الصافى الذى ينجم من استغلال المصنف » . فغير مفهوم اذن ماورد فى المذكرة الايضاحية =

حق المؤلف ، من حيث الزمان ، تسرى عليه القواعد العامة • ونميز فى التطبيق بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المؤلف حيا وقت نفاذ قانون حماية حق المؤلف فى ٢٤ يونية سنة ١٩٥٤ (١) : وفى هذا الفرض تسرى على مصنفاته أحكام القانون ، سواء نشرت هذه المصنفات منذ ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ أو نشرت قبل ذلك • ففى جميع الأحوال تحمى مصنفاته طول حياته ، وتبقى محمية بعد وفاته لمدة خمسين سنة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، وكذلك تبقى محمية فيما يتعلق بالحق الأدبى الى ما بعد خمسين سنة الى أن تطرح المصنفات فى زوايا النسيان كما سبق القول • فالمؤلف الذى كان حيا فى يوم ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ • ومات فى سنة ١٩٦٠ مثلا ، تكون مصنفاته التى نشرت قبل ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ ، وكذلك تلك التى نشرت منذ هذا التاريخ الى يوم وفاته فى سنة ١٩٦٠ ، محمية طول حياته الى سنة ١٩٦٠ ، وتبقى محمية خمسين سنة بعد ذلك أى الى سنة ٢٠١٠ من ناحية الاستغلال المادى ، والى ما بعد ذلك من ناحية الحق الأدبى •

(الفرض الثانى) أن يكون المؤلف قد مات قبل ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ : وفى هذا الفرض تحمى جميع مصنفاته ، أيا كان تاريخ نشرها وكلها قد نشرت بداهة قبل ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ ، الى مدى خمسين سنة من وقت وفاته • فاذا فرضنا أنه توفى فى سنة ١٩٤٠ فان مصنفاته تبقى محمية الى سنة ١٩٩٠ ، أو توفى فى سنة ١٩٣٢ فان مصنفاته تبقى محمية الى سنة ١٩٨٢ ، أو توفى فى سنة ١٩٠٠ فان مصنفاته تكون قد

= للقانون الحالى ، الا اذا فرضنا أن مشروع القانون الحالى كان قد تضمن نصا مماثلا للمادة ٢/٤٠ من المشروع الجديد ، وحذف قبل أن يصبح المشروع قانونا .

هذا وتطابق المادة ٥٠ من القانون الحالى المادة ٢ من قانون اصدار المشروع الجديد فى المعنى ، وتكاد تطابقه فى اللفظ .

(١) جاء فى قانون الاصدار لقانون حماية حق المؤلف : « ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية » . وقد نشر فى الوقائع المصرية فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ فى العدد ٤٩ مكرر .

آنت الى الملك العام اذ يكون قد مضى فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ أكثر من خمسين سنة من وقت وفاة المؤلف (١) . وهذا من ناحية الاستغلال المادى ، أما من ناحية الحق الأدبى فتبقى المصنفات محمية الى أن تطرح فى زوايا النسيان كما قدمنا .

وجميع الاتفاقات كعقد النشر ، أو الحوادث كتحويل رواية الى مسرحية أو الى فيلم سينمائى ، التى تكون قد وقعت منذ ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٢ تسرى عليها أحكام القانون ، حتى لوكانت متعلقة بمصنفات نشرت قبل ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ . أما الاتفاقات والحوادث التى وقعت قبل ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٤ عن مصنفات نشرت قبل هذا التاريخ طبعا ، فتسرى

---

(١) واذا قدر للمشروع الجديد ان يصير قانونا ، ومدة الحماية فيه هى كما رأينا خمس وعشرون سنة بدلا من خمسين من وقت وفاة المؤلف ، فنرى أن الانتقال من القانون الحالى الى القانون الجديد يكون على الوجه الآتى : (أولا) اذا كان المؤلف حيا وقت نفاذ القانون الجديد ، فانه يكون محميا فى جميع مصنفاته ، أيا كان تاريخ نشرها ، المدة الباقية من حياته وخمسا وعشرين سنة من يوم وفاته . (ثانيا) اذا كان قد مات وقت نفاذ القانون الجديد ، فانه يكون محميا فى جميع مصنفاته لمدة خمسين سنة من وقت وفاته — وهى المدة التى كان محميا فيها بموجب القانون الذى كان نافذا وقت وفاته — بشرط ألا تزيد مدة الحماية على خمس وعشرين سنة من وقت نفاذ القانون الجديد . فاذا فرضنا ان المشروع الجديد أصبح قانونا فى سنة ١٩٧٠ ، فان مدة حماية المؤلفين الذين يكونون قد ماتوا قبل هذا التاريخ لايجوز أن تجاوز سنة ١٩٩٥ . وعلى ذلك اذا كان المؤلف قد مات فى سنة ١٩٦٠ أو فى سنة ١٩٥٠ ، فانه يبقى محميا فى الحالتين الى سنة ١٩٩٥ ، بالرغم من ان حمايته لم تستغرق خمسين سنة من وقت وفاته اذ ان الحد الأقصى للحماية هو سنة ١٩٩٥ كما قدمنا . أما اذا كان قد مات فى سنة ١٩٣٢ ، فانه يبقى محميا الى سنة ١٩٨٢ أى الى مدة خمسين سنة من وقت وفاته ، لأنه لا يكون قد جاوز بهذه المدة الحد الأقصى وهو سنة ١٩٩٥ . ويلاحظ فى كل ذلك انه لا يجوز ، فى المشروع الجديد ، أن يقل مجموع مدة الحماية فى جميع الأحوال عن خمسين سنة من وقت أول نشر للمصنف .

ونحن فى هذا انما نقيس على حالة ما اذا قرر نص جديد مدة للتقادم اقصر من المدة التى كان النص القديم قد قررها ، فان المادة ٨ مدنى تنص فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ — اذا قرر النص الجديد مدة للتقادم اقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ — اما اذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم اقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى » .

عليها الأحكام القانونية التي كانت سارية المفعول وقت وقوع الاتفاقات والحوادث ، وهذه الأحكام لم تكن أحكاما مسنونة ، بل هي الأحكام التي صدرت من القضائين الوطني والمختلط في حماية حق المؤلف •

وننتقل الآن الى طرق حماية حق المؤلف • وهناك طريقان : الطريق المدني والطريق الجنائي •

المطلب الأول

الطـريق المـدني

٢٤٥ — التنفيذ العيني والتعويض :

عند الاخلال بحقوق المؤلف التي بسطناها فيما تقدم يكون للمؤلف، اذا سلك الطريق المدني ، حق طلب التنفيذ العيني وحق طلب التعويض •

١ — التنفيذ العيني

٢٤٦ — الاجراءات التحفظية السابقة على التنفيذ العيني :

تنص المادة ٤٣ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي :

« لرئيس المحكمة الابتدائية ، بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه ، وبمقتضى أمر يصدر على عريضة ، أن يأمر بالاجراءات التالية ، بالنسبة لكل مصنف نشر أو عرض بدون اذن كتابي من المؤلف أو ممن يخلفه بالمخالفة لأحكام المواد ٦ و ٧ (فقرة أولى) من القانون » •

« أولا — اجراء وصف تفصيلي للمصنف » •

« ثانيا — وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته » •

« ثالثا — توقيع الحجز على المصنف الأصلي أو نسخه (كتبا كانت أو صورا أو رسومات أو فوتوغرافيات أو أسطوانات أو ألواحا أو تماثيل أو غير ذلك) ، وكذلك على المواد التي تستعمل في اعادة نشر هذا

المصنف أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة الا لاعادة نشر المصنف » •

« رابعا — اثبات الأداء العلنى بالنسبة لايقاع أو تمثيل أو القاء مصنف بين الجمهور، ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلا» •

« خامسا — حصر الايراد الناتج من النشر أو العرض بمعرفة خبير يندب لذلك ان اقتضى الحال ، وتوقيع الحجز على هذا الايراد فى جميع الأحوال » •

« ولرئيس المحكمة الابتدائية فى جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ . وأن يفرض على الطالب ايداع كفالة مناسبة » •

« ويجب أن يرفع الطالب أصل النزاع الى المحكمة المختصة فى خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور الأمر ، فاذا لم يرفع فى هذا الميعاد زال كل أثر له » (١) •

ويتضح من هذا النص المفصل أن المشرع وضع فى يد المؤلف سلاحا فعالا لحماية حقوقه ، فهو لا ينتظر حتى تفصل المحكمة فى أصل النزاع بينه وبين من اعتدى على هذه الحقوق ، وقد ينتظر طويلا ، وقد تضيع عليه الفرصة وهو هذا الانتظار • بل أجاز المشرع له أن يلجأ فى الحال — بمجرد وقوع الاعتداء على حقوقه بأن نشر مصنفه أو عرض بغير اذنه الكتابى مثلا (٢) ، أو بأن ترجم الى لغة أخرى دون أن يأذن

---

(١) يقابل النص المادة ٤٤ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى ، فيما عدا ان نص المشروع الجديد يقضى بالا تسرى على هذه الاجراءات احكام قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية الخاصة بساعات الاعلان وايام العطلات .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن الطبعة التى أخرجها الطاعن مقلدة من الطبعة التى أخرجها المطعون ضده تقليدا تاما وهو أمر لا يقره القانون ، فان من شأن نشر الطاعن لطبعته وطرحها للبيع فى السوق منافسة كتاب المطعون ضده ، وهى منافسة =

كتابيا فى ذلك ، أو بأن اعتدى أحد على حقوقه التى بسطناها فيمـــا تقدم بأية صورة من صور الاعتداء — الى رئيس المحكمــة الابتدائية الكائن فى دائرتها موطن المعتدى بعريضة يستصدر أمرا عليها باجراءات تحفظية سريعة فعالة . وليس المؤلف وحده هو الذى يستطيع أن يفعل ذلك ، بل يستطيعه كل من انتقلت اليه حقوق المؤلف من ناشر أو وارث أو موصى له .

وهذه الاجراءات التحفظية نوعان :

١ — نوع يقصد منه وقف الضرر الذى أخذ ينجم من الاعتداء على حقوق المؤلف ، أى وقف الضرر مستقبلا . وهذا النوع يشتمل عـــلى الاجراءات الآتية : اجراء وصف تفصيلى للمصنف ، ووقف نشر المصنف أو عرضه (اذا كان مسرحية مثلا أو فيلما سينمائيا أو تمثـــالا) أو صناعته (اذا كان أسطوانات مثلا) ، واثبات الأداء العلنى بالنسبة الى ايقاع أو تمثيل أو القاء مصنف بين الجمهور ومنع استمرار العــرض القائم أو حظره مستقبلا .

٢ — ونوع يقصد منه حصر الضرر الذى وقع فعلا من جـــراء الاعتداء ، واتخاذ اجراءات من شأنها المحافظة على حقوق المؤلف فى محو هذا الضرر . وهذا النوع يشتمل على الاجراءات الآتية : توقيع الحجز على المصنف الأصلى أو نسخه (كتبا كانت أو صورا أو رســومات أو فوتوغرافيات أو أسطوانات أو ألواحا أو تماثيل أو غير ذلك) وكذلك على المواد التى تستعمل فى اعادة نشر هذا المصنف أو استخراج نســخ منه (مثل الاكليشهات والحروف المجموعة والبروفات ونحو ذلك) بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة الا لاعادة نشر المصنف (فلا يجـــوز

= لاشك فى عدم شرعيتها ، ولاينفى قيام هذه المنافسة غير المشروعة أن يكون المطعون ضده اعتزل مهنة الطباعة والنشر وصفى أعماله فيهما ، ما دام كتابه مازال مطروحا للبيع فى السوق (نقض مدنى ٧ يوليه ســـنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ١٥ رقم ١٤٢ ص ٩٣٧) .

على المطبعة ولا على الحروف غير المجموعة ولا على الورق) ، وحصر الايراد الناتج من النشر أو العرض بمعرفة خبير ينتدب لذلك ان اقتضى الحال وتوقيع الحجز على هذا الايراد فى جميع الأحول .

ويجوز لرئيس المحكمة الابتدائية ، فى جميع ما تقــدم ذكره ، أن ينذب خبيرا لمعاونة المحضر المكلف بتنفيذ الاجـــراءات التى أصدر بها رئيس المحـــكمة أمرا على العريضة المقدمة اليه . ويجوز له كذلك أن يفرض على المؤلف أو خلفـــه أن يودع كفالة مناسبة يقدرهـــا رئيس المحكمة .

ومتى صدر أمر من رئيس المحكمة للمؤلف أو خلفـــه بالاجراءات المتقدم ذكرها ، كان على المؤلف أو الخلف ، فى خلال خمسة عشر يوما من صدور أمر رئيس المحكمة ، أو يرفع أصل النزاع الى المحكمة المختصة . فاذا لم يفعل ، أو تأخر عن الميعاد ، زال كل أثر للأمر ، وعاد كل شىء الى أصله ، وبطل الحجز ، وعاد النشر والعرض الى ماكان عليه قبل صدور الأمـــر .

٢٤٧ — التظلم من الأمر الصادر بالاجراءات التحفظية :

تنص المادة ٤٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يجوز لمن صدر ضده الأمر أن يتظلم منه أمام رئيس المحكمة الآمر ، وفى هذه الحالة لرئيس المحكمة ، بعد سماع أقوال طرفى النزاع ، أن يقضى بتأييد الأمر ، أو الغائه كليا أو جزئيا ، أو بتعيين حارس تكون مهمته اعـــادة نشر أو عرض أو صناعة أو استخراج نسخ للمصنف محل النزاع على أن يودع الايراد الناتج فى خزانة المحكمة الى أن يفصل فى أصل النزاع من المحكمة المختصة (١) » .

ويتضح من هذا النص أن من نسب اليه المؤلف الاعتـــداء على مصنعه ، ولم يكن قد سمعت أقواله وقت أن استصدر المؤلف أمـــرا من

---

(١) يقابل النص المادة ٤٥ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى ويكادان يتطابقان لفظا .

رئيس المحكمة بالاجراءات التحفظية المتقدمة الذكر ، يجوز له أن يتظلم من هذا الأمر أمام رئيس المحكمة نفسه • وبعد أن يسمع رئيس المحكمة أقوال كل من الطرفين ، يصدر حكما فى التظلم المرفوع أمامه على أحد الوجوه الآتية : ١ — تأييد الأمر السابق الصادر بالاجراءات التحفظية • ٢ — الغاء الأمر السابق فى كل الاجراءات التحفظية التى صدر بها أو فى بعض هذه الاجراءات • ٣ — العدول عن الأمر السابق الى طريقة وضع الحراسة على المصنف محل النزاع ، ويعين رئيس المحكمة فى هذه الحالة حارسا يقوم باعادة نشر المصنف واستخراج نسخ منه أو اعادة عرضه • وما ينتج من الايراد يودعه الحارس خزانة المحكمة ، الى أن يفصل فى أصل النزاع من المحكمة المختصة • وفى جميع الأحوال يعتبر الحكم الصادر فى التظلم حكما قضائيا حل فيه رئيس المحكمة محل المحكمة الابتدائية ، ولذلك يجوز استئناف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف (١) •

٢٤٨ — الحكم فى أصل النزاع :

وقد قدمنا (٢) أن المؤلف أو خلفه ، متى صدر له أمر بالاجراءات

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر فى التظلم المرفوع طبقا للمادة ٤٤ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ — وهو تقرير لحكم المادة ٣٧٥ مرافعات — يعتبر حكما قضائيا حل به القاضى الآمر محل المحكمة الابتدائية ، وليس مجرد أمر ولائى ، ولذلك يكون رفع الاستئناف عن الحكم الصادر من رئيس المحكمة فى التظلم الى محكمة الاستئناف . ولا يمنع من هذا النظر ماأوردته المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ من أن رئيس المحكمة الابتدائية يحكم فى التظلم بصفته قاضيا للأمور المستعجلة ، وذلك أن هذا الوصف لا يتفق ونصوص القانون المذكور التى تفيد بحكم مطابقتها لأصول الأحكام العامة للأوامر على العرائض أن ما عهد به المشرع الى رئيس المحكمة هو من نوع ما عهد به الى قاضى الأمور الوقتية · ولئن كان القاضى الآمر (رئيس المحكمة) ، وهو بصدد نظر التظلم فى أمر الحجز ، لا يستطيع أن يمس موضوع الحق ، الا أن ذلك لا ينبغى أن يحجبه عن استظهار مبلغ الحق فى المنازعة المعروضة ، لا ليفصل فى الموضوع ، بل ليفصل فيما يبدو له أنه وجه الصواب فى الاجراء المطلوب ، دون أن يبنى حكمه على مجرد الشبهة (نقض مدنى ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٧٢ ص ١٩٠٢) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٤٦ .

التحفظية السابق ذكرها ، يجب عليه فى خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور الأمر ، أن يرفع أصل النزاع أمام المحكمة الابتدائية التى يوجد فى دائرتها موطن المدعى عليه • فاذا ما طرح أصل النزاع أمام المحكمة المختصة ، فان المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف تنص على ما يأتى :

« يجوز للمحكمة المطروح أمامها أصل النزاع ، بناء على طلب المؤلف أو من يقوم مقامه ، ان تأمر باتلاف نسخ أو صور المصنف الذى نشر بوجه غير مشروع ، والمواد التى استعملت فى نشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر، ولها أن تأمر بتغيير معالم النسخ أو الصور أو المواد، أو جعلها غير صالحة للعمل • وذلك كله على نفقة الطرف المسئول » (١)•

ويتضح من هذا النص أن محكمة أصل النزاع ، اذا وجدت المؤلف أو خلفه على حق فيما ادعاه ، قضت له بالتنفيذ العينى • ومعنى التنفيذ العينى هنا هو تنفيذ التزام من اعتدى على حق المؤلف عينا ، فتنزيل المحكمة كل أثر للاعتداء • ومن ذلك أن تأمر باتلاف نسخ المصنف المعتدى عليه أو صوره التى نشرت بوجه غير مشروع حتى تخرجها عن التداول ، وأن تأمر باتلاف المواد التى استعملت فى نشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر • فتأمر باتلاف الاكليشهات والحروف المجموعة والبروفات ونحو ذلك • ومن ذلك أن تأمر بتغيير معالم الصور أو النسخ أو المواد ، أو جعلها غير صالحة للعمل ، وذلك لمنعها من التداول بحالتها • وجميع ما تأمر به من ذلك يكون تنفيذه على نفقة الطرف المسئول ، لأنه هو المتسبب فيما وقع • هذا الى أنه يجوز للمحكمة ، فوق ذلك ، أن تحكم بالتعويض على المعتدى اذا كان هناك مقتض للحكم بالتعويض •

واذا وجدت المحكمة أن المؤلف أو خلفه ليس على حق فيما ادعاه قضت برفض الدعوى ، وبالغاء الاجراءات التحفظية التى أمر بها رئيس المحكمة من قبل ، وحكمت بالمصروفات على المؤلف أو خلفه •

---

(١) يقابل النص المادة ١/٤٦و٢ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى ولفظا •

٢ — التعــــــويض

٢٤٩ — حالات ثلاث :

على أن هناك حالات ثلاثا يحكم فيها القاضى بالتعويض بدلا من التنفيذ العينى ، وهذه الحالات هى :

١ — اذا كان حق المؤلف ينقضى بعد مدة تقل عن سنتين .

٢ — اذا كان النزاع المطروح خاصا بترجمة مصنف الى اللغــــة العــربية .

٣ — اذا كان النزاع المطروح خاصا بحقوق المؤلف المعمارى .

٢٥٠ — الحالة الأولى — حق المؤلف ينقضى بعد مدة تقـــل عن ســــنتين :

ينص الجزء الأخير من الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « على أنه يجوز للمحكمة ، اذا كان حق المؤلف ينقضى بعد فترة تقل عن سنتين ابتداء من تاريخ صدور الحكم ، وبشرط عدم الاخلال بحقوق المؤلف المنصوص عليهـــا فى المواد ١/٥ و ١/٧ و ١/٩ ، أو تستبدل الحكم بتثبيت الحجز التحفظى على هذه الأشياء ، وفاء لما تقضى به للمؤلف من تعويضات ، بالحكم باتلاف أو تغيير المعالم » وتنص المادة ٣/٤٥ على ما يأتى : « وفى كل الأحـــوال يكون للمؤلف بالنسبة لدينه الناشىء عن حقه فى التعويض امتياز على صافى ثمن بيـــع الأشياء وعلى النقود المحجوز عليها ، ولا يقدم على هذا الامتياز غـــير امتياز المصروفات القضــائية والتى تنفق لحفظ وصيانة تلك الأشــياء ولتحصيل تلك المبالغ » (١) .

---

(١) تقابل هذه النصوص المادة ٢/٤٦ اولا و ٣ فى المشروع الجديد ، وتتطابق النصوص فى المعنى .

(الوسيط ج ٨ — م ٣٤)

ويتضح من هذه النصوص أنه يجوز للقاضي ، بدلا من الحكم بالتنفيذ العيني وباتلاف الأشياء أو تغيير معالمها ، الاكتفاء بالحكم بتعويض للمؤلف أو خلفه عما أصابه من الضرر بسبب الاعتداء على حقه المالي في استغلال مصنفه . فيقدر القاضي قيمة التعويض الواجب دفعه ، ويقضي في الوقت ذاته بتثبيت الحجز التحفظي على الأشياء والنقود المحجوز عليها . فيتقاضى المؤلف أو خلفه التعويض المحكوم به من النقود التي حكم بتثبيت الحجز عليها (وهي الايراد الناتج من النشر أو العرض والذي سبق الأمر بالحجز عليه) ، ومن ثمن الأشياء التي حكم بتثبيت الحجز عليها (نسخ المصنف والمواد التي تستعمل في اعادة النشر) . وحق المؤلف في تقاضي التعويض من النقود وثمن الأشياء حق ممتاز يتقدم على حقوق الدائنين الآخرين . فيما عدا المصروفات القضائية ومصروفات الحفظ والصيانة والتحصيل .

ولكن يلاحظ في ذلك أمور ثلاثة :

١ — أنه يشترط للحكم بالتعويض بدلا من التنفيذ العيني أن يكون حق المؤلف المعتدى عليه لم يبق لانقضائه الا مدة أقل من سنتين ، اذ تكون قلة المدة الباقية لحماية حق المؤلف في هذه الحالة مبررا للحكم بالتعويض دون التنفيذ العيني ، وهذا أجدى على كل من المؤلف والمعتدي .

٢ — أن الحكم بالتعويض دون التنفيذ العيني ، حتى اذا كانت المدة الباقية للحماية أقل من سنتين ، جوازي لا وجوبي . فيجوز للقاضي اذن ، حتى في هذه الحالة ، أن يحكم بالتنفيذ العيني وباتلاف الأشياء أو تغيير معالمها ، اذا كان هناك في ظروف القضية ما يبرر ذلك .

٣ — أنه يجب الحكم بالتنفيذ العيني فيما اذا كان الاعتداء واقعا على الحق الأدبي للمؤلف ، من حق تقرير النشر وحق نسبة المصنف الى المؤلف وحق المؤلف وحده في ادخال ما يرى على مصنفه من تعديل أو تحوير ومنع أي حذف أو تغيير في مصنفه .

٢٥١ — الحالة الثانية — النزاع المطروح خاص بترجمة مصنف الى اللغة العربية :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « وكذلك لا يجوز الحكم بالاتلاف أو تغيير المعالم ، اذا كان النزاع المطروح خاصا بترجمة مصنف الى اللغة العربية ، بالمخالفة لحكم المادة ٨ ، ويقتصر الحكم على تثبيه الحجز التحفظى على المصنف المترجم وفاء لما تقضى به المحكمة للمؤلف من تعويضات » (١) .

ويتضح من هذا النص أنه اذا ترجم شخص مصنفا موضوعا بلغة أجنبية الى اللغة العربية فى خلال خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى ، أو ترجمة من ترجمه الى لغة أجنبية أخرى فى خلال خمس سنوات من تاريخ أول نشر للترجمة الأولى ، ولم يكن قد حصل على اذن المؤلف الأصلى والمترجم الأول ، فانه يكون قد اعتدى على حق المؤلف أو على حق المترجم الأول طبقا لأحكام المادة ٨ من قانون حماية حق المؤلف . وكان مقتضى ذلك أن يقضى للمؤلف أو المترجم الأول بالتنفيذ العينى ، أى باتلاف النسخ التى تحمل الترجمة العربية أو بتغيير معالمها . ولكن نص المادة ٢/٤٥ يقضى ، كما رأينا ، بالاكتفاء بالحكم للمؤلف والمترجم الأول بتعويض دون التنفيذ العينى ، فيحكم القاضى بتثبيت الحجز الحفظى على المصنف المترجم وعلى النقود المحصلة من ثمن بيعه ، ويستوفى المؤلف والمترجم الأول حقهما فى التعويض من هذه النقود ومن ثمن بيع النسخ المحجوز عليها . ويكون هذا الحق ممتازا طبقا لأحكام المادة ٣/٤ سالفة الذكر (٢) ، فيتقدم على جميع الحقوق الأخرى عدا المصروفات القضائية ومصروفات حفظ الأشياء وصيانتها وتحصيل المبالغ . وذلك كله رعاية لحق الترجمة الى

---

(١) يقابل النص المادة ٢/٤٦ ثانيا فى المشروع الجديد ، ويتطابق النصان فى المعنى .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٥٠ .

اللغة العربية ، وحفظا لهذه الترجمة من الاتلاف والضياع . وتوفيقا بين كسب حققته الثقافة العربية وحق ثابت للمؤلف والمترجم الأول .

ويلاحظ هنا أمران :

١ — أن الحكم سالف الذكر لايسرى فى حالة ما اذا كان المؤلف أو المترجم الأول قد قام بترجمة مصنفه ، بنفسه أو بواسطة غيره ، الى اللغة العربية ، اذ تكون هذه الترجمة الأولى الى اللغة العربية من شأنها أن تمنع ترجمة المصنف مرة أخرى الى اللغة العربية دون اذن المؤلف . فاذا ترجم المصنف ثانية الى اللغة العربية دون اذن ، جاز الحكم بالتنفيذ العينى . ولم تعد الثقافة العربية فى حاجة الى هذه الترجمة الثانية بعد أن وجدت الترجمة الأولى . ويستثنى من ذلك حالة ما اذا كانت المدة الباقية للحماية أقل من سنتين . فعند ذلك نعود الى الحالة الأولى حيث يجوز الحكم بالتعويض دون التنفيذ العينى .

٢ — ان الحكم بالتعويض دون التنفيذ العينى ، فى هذه الحالة الثانية التى نحن بصددها ، وجوبى لا جوازى ، على خلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن الحكم فيها بالتعويض جوازى لا وجوبى .

٢٥٢ — الحالة الثالثة — النزاع المطروح خاص بحقوق المؤلف المعمارى :

تنص المادة ٤٦ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « لا يجوز بأى حال أن تكون المبانى محل حجز تطبيقا للمادة العاشرة من هذا القانون ، ولا أن يقضى باتلافها أو مصادرتها ، بقصد المحافظة على حقوق المؤلف المعمارى الذى تكون تصميماته ورسومه قد استعملت بوجه غير مشروع (١) .

---

(١) يقابل النص المادة ٤٧ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان فى المعنى .

ويتضح من هذا النص أنه اذا اعتدى شخص على تصميمات أو رسوم مهندس معمارى . واستعملها دون اذن فى اقامة مبنى ، فقد كان مقتضى تطبيق المادة ١٠ من قانون حماية حق المؤلف أنه يجوز الحجز على هذا المبنى . ومقتضى تطبيق المادة ٤٥ من نفس القانون الحكم باتلاف أو مصادرة المبنى • ولكن نص المادة ٤٦ الذى نحن بصدده يحرم هذا وذاك . اذ المبنى يكون عادة كثير التكاليف بحيث يكون الحجز عليه أو اتلافه ومصادرته جزاء أشد بكثير من الاعتداء على تصميمات المهندس المعمارى ورسومه • لذلك يجب فى هذه الحالة الاكتفاء بالحكم بتعويض للمهندس المعمارى . دون التنفيذ العينى • بل لا يجوز الحجز على المبنى لاستيفاء التعويض منه ؛ فليس للمهندس المعمارى فى هذه الحالة الثالثة — بخلاف الحالتين الأولى والثانية — حق ممتاز فى التعويض حتى يستوفيه متقدما على غيره من ثمن المبنى • واذا هو حجز على المبنى ، فانما يحجز عليه كأى دائن عادى يحجز على مال مملوك لمدينه . ويزاحمه فى ثمن المبنى سائر دائنى صاحب هذا المبنى •

المطلب الثانى

الطريق الجنائى

٢٥٣ — الجرائم والعقوبات الأصلية :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٧ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يعتبر مرتكبا لجريمة التقليد ؛ ويعاقب عليه بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه ، كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية : (أولا) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها فى المواد ٥ و ٦ و ١/٧ و ٣ من القانون • (ثانيا) من باع مصنفا مقلدا أو من أدخل فى القطر المصرى دون اذن المؤلف أو من يقوم مقامه مصنفات منشورة فى الخارج وتشملها الحماية التى يفرضها القانون • (ثالثا) من قلد فى مصر مصنفاه منشورة بالخارج ؛ وكذا من باع هذه المصنفات

أو صدرها أو تولى شحنها الى الخارج (١) » .

ويتضح من هذا النص أن المشرع لم يقتصر على الطريق المدنى فى حماية حق المؤلف ، بل فتح أيضا الطريق الجنائى . فجعل جريمة التقليد للمصنف (contrefaçon) جنحة يعاقب عليها بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه . وجريمة التقليد تتناول أحد الأفعال الآتية :

١ — الاعتداء على حقوق المؤلف المالية والأدبية كما وردت فى المواد ٥ و ٦ و ٧/١ و ٣ .

٢ — بيع المصنفات التى يعتبر نشرها اعتداء على حق المؤلف فى مصر أو ادخال هذه المصنفات من الخارج الى مصر ، وهذا وذاك دون أن يكون الشخص قد شارك فى تقليدها ، بل يكفى مجرد البيع أو الادخال فى القطر المصرى مع العلم بالتقليد .

٣ — الاعتداء على حق المؤلف فى مصنفات منشورة بالخارج ، أو بيع هذه المصنفات فى مصر أو تصديرها الى الخارج دون مشاركة فى تقليدها .

وتقول المذكرة الايضاحية فى صدد القصد الجنائى ما يأتى : « ولم يشترط القانون قصدا جنائيا خاصا ، وانما يجب توافر القصد الجنائى العام الذى يشمل بطبيعة الحال علم البائع بتقليد المصنف ، اذ أن ذلك

---

(١) يقابل النص المادة ١/٤٨ فى المشروع الجديد ، وتجرى على الوجه الآتى « يعاقب بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد على خمسمائة جنيه كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية : (أولا) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها فى المواد ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ . (ثانيا) من باع أو عرض للبيع أو اذاع على الجمهور بأية طريقة كانت ، أو ادخل الى أراضى الدولة أو أخرج منها ، مصنفا مقلدا مع علمه بالتقليد ، (ثالثا) من قلد فى البلاد مصنفات منشورة فى الخارج وتشملها الحماية التى يقررها هذا القانون ، وكذلك من باعها أو صدرها أو تولى شحنها الى الخارج » .

العلم يدخل فى ادراك المتهم للوضع الاجرامى المشترط فى القصد الجنائى » (١) •

٢٥٤ — العقوبات التبعية :

وتنص المادة ٤٧/٣ و ٤ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى :

« ويجوز للمحكمة أن تقضى بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع الذى وقع بالمخالفة لأحكام المواد ٥ و ٦ و ١/٧ و ٣ التى لاتصلح الا لهذا النشر ، وكذلك مصادرة جميع النسخ المقلدة • كما يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه (٢) » •

ويتضح من هذا النص أن القانون جعل الى جانب العقوبة الأصلية ، وهى الغرامة من عشرة جنيهات الى مائة جنيه ؛ العقوبات التبعية الآتية :

١ — مصادرة الأدوات المخصصة للنشر ولا تصلح الا له •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قانون حماية حق المؤلف الصادر بالقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ يقرر بمقتضى مادته الأولى الحماية لمصالح مؤلفى « المصنفات المبتكرة فى الآداب والفنون والعلوم » ، وينص فى البند (ثانيا) من المادة السادسة منه على أن حق المؤلف فى استغلال مصنفه يتضمن نقل المصنف الى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون فى متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة او الرسم او الحفر أو التصوير الفوتوغرافى أو الصب فى قوالب او بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية او المجسمة او عن طريق النشر الفوتوغرافى او السينمائى . كما ينص فى البند (ثانيا) من المادة ٤٧ منه على أن يعتبر مكونا لجريمة التقليد بيع المصنف المقلد . ولئن كانت جريمة التقليد تتناول مجرد بيع المصنف الذى يعتبر نشره اعتداء على حق المؤلف دون اشتراط مشاركة البائع فى التقليد ، الا أن القصد الجنائى فى جريمة تقليد المصنف وهى جريمة عمدية يقتضى علم الجانى وقت ارتكاب الجريمة علما يقينيا بتوافر أركانها ويشمل ذلك بطبيعة الحال علم البائع بتقليد المصنف (نقض جنائى فى ٤ مارس سنة ١٩٨٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٦ صفحة ٣٢٩) •

(٢) يقابل النص المادة ٢/٤٨ و ٣ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى ولفظا •

٢ — مصادرة جميع النسخ المقلدة •

٣ — نشر الحكم فى جريدة او أكثر تعينها المحكمة : على نفقة المحكوم عليـه •

٢٥٥ — حالة العـود :

وتنص المادة ٢/٤٧ من قانون حماية حـق المؤلف على ما يأتى : « وفى حالة العود يحكم على الجانى بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لا تزيد على ثلثمائة جنيه أو احدى هاتين العقوبتين • كما يجوز للمحكمة فى حالة العود الحكم بغلق المؤسسة التى استغلها المقلـدون أو شركاؤهم فى ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا (١) » •

ويتضح من هذا النص أن القانون شدد العقوبة فى حالة العود ، فأجاز الحبس لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر ، ورفع الحد الأقصى للغرامة الى ثلثمائة جنيه (مع بقاء الحد الأدنى بداهة عشرة جنيهات) ، وأجاز الحكم بعقوبتى الحبس والغرامة معا أو باحـدى هاتين العقوبتين دون الأخـرى •

وأضاف - فى حالة العود - الى هذه العقوبات الأصلية ، العقـوبات التبعية السابق بيانها - مع عقوبة تبعية جديدة هى اغلاق المؤسسة التى استغلها المقلدون أو شركاؤهم فى ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائيا ، فلو كانت هذه المؤسسة دار نشر مثلا قضى باغلاقها نهائيا أو لمدة معينة •

٢٥٦ — جريمة عدم الايداع فى دار الكتب وعقوبتها :

تنص المادة ٤٨ من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتى : « يجب على ناشرى المصنفات التى تعد للنشر عن طريق عمل نسخ منها أن يودعوا خلال شهر من تاريخ النشر خمس نسخ من المصنف فى دار الكتب المصرية ، وفقا للنظام الذى يصدر به قرار من وزير المعارف العمومية • ويعاقب

---

(١) يقابل النص المادة ٤/٤٨ فى المشروع الجديد ، وتجرى على الوجـه الآتي : « وتعتبر الجرائم المشـار اليها فى هذه المادة متماثلة فى حالة العود » .

على عدم الايداع بغرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيها ، دون اخلال بوجوب ايداع النسخ • ولا يترتب على عدم الايداع الاخلال بحقوق المؤلف التي يقررها هذا القانون • ولا تسرى هذه الاحكام على المصنفات المنشورة فى الصحف والمجلات الدورية ، الا اذا نشرت هذه المصنفات على انفراد » (١) •

ويتضح من هذا النص أن ايداع خمس نسخ من كل مصنف معد للنشر فى دار الكتب المصريه واجب على الناشر ، والايداع يجب أن يتم فى خلال شهر من تاريخ النشر . وفقا للنظام الذى يضعه الوزير المختص • ولا يترتب على عدم الايداع أى اخلال بحقوق المؤلف . وانما يعاقب الناشر بغرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيها مع عدم الاخلال بوجوب ايداع النسخ المطلوبة • واذا نشرت مصنفات فى صحف ومجلات دورية . فيكتفى بايداع الصحف والمجلات ذاتها . الا اذا نشرت هذه المصنفات بعد ذلك على انفراد فيجب عندئذ ايداع خمس نسخ منها على الوجه المتقدم الذكر •

وتقول المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد : « أوجبت المادة ٤٨ على ناشرى المصنفات التى تعد للنشر عن طريق عمل نسخ منها أن يودعوا خلال شهر من تاريخ النشر خمس نسخ من المصنف بدار الكتب المصرية وفقا للنظام الذى يصدر به قرار من وزير المعارف العمومية . وذلك بقصد تغذية المكتبة العامة وتمكين الدولة من مراقبة ما ينشر فى البلاد من مؤلفات أدبية أو فنية أو موسيقية • ويقتصر الايداع على المصنفات التى تستخرج منها عدة نسخ عن طريق الطبع أو أية وسيلة أخرى مشابهة ، ومن ثم فمن غير المعقول تكليف من قام بصنع تمثال بأن يودع نموذجا منه • وقد أعفيت المصنفات المنشورة فى الجرائد والمجلات من واجب الايداع ، فاذا نشرت هذه المصنفات مستقلة وجب الايداع » •

---

(١) يقابل النص المادة ٤٩ فى المشروع الجديد ، والنصان متطابقان معنى (وقد ورد فى المشروع الجديد : « وفقا للنظام الذى يضعه وزير الثقافة والارشاد القومى ») .

الفصـــــل الثـانى

حقوق اخرى على أشياء غير مادية

الحقوق المتعلقة بالرسالة وبحق المخترع

الفـــــرع الأول

الحقوق المتعلقة بالرسالة (*)

(Droit sur les lettres missives)

٢٥٧ — ماهى الرسالة — الحقوق المتنوعة التى تتعلق بها :

الرسالة ورقة مكتوبة يبعث بها شخص الى آخر ، ينقل اليه فيها خبرا أو فكرة أو ينهى اليه أمرا . وقد يقوم بايصالها رسول ، أو تقوم بذلك مصلحة البريد كما هو الغالب . وقد يسلمها الشخص مباشرة الى صاحبه كما لو كان هذا أصم فيجرى التفاهم معه بالكتابة . وليس من الضرورى أن تكون الرسالة ورقة مقفلة ، فقد تكون ورقة مفتوحة ، أو بطاقة بريد ، أو أصل برقية . أو نحو ذلك . وتفترض الرسالة وجود مرسل (expéditeur) ومرسل اليه (destinataire) . وخاصية الرسالة أنها ليست ورقة مكتوبة فحسب ، بل هى أيضا تنقل فكر المرسل الى المرسل

(*) مراجع :

Rousseau فى الرسائل والبرقيات الطبعة الثانية سنة ١٨٧٧ — Tissier فى ملكية الرسائل وحرمتها سنة ١٨٨٥ — Legris فى سرية الرسائل وملكيتها وتقديمها للقضاء الطبعة الثانية سنة ١٨٩٤ — Péret فى حرمة سرية الرسائل سنة ١٨٩٥ — Montagnier فى الرسائل فى القانون الخاص طبعة ثانية سنة ١٩٠٧ — Person باريس سنة ١٩١٠ — Jardel فى الرسالة سنة ١٩١١ — Gény فى الحقوق المترتبة على الرسائل جزءان سنة ١٩١١ — Valéry فى الرسائل سنة ١٩١٢ — Damoisy فى حقوق الورثة على الرسائل رسالة من مونبلييه سنة ١٩٢٦ — Wurzburger فى حماية الرسائل فى القانون الألماني رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٢٨ .

اليه ، فتسجل فيها فكرة تتصل بشخص المرسل • ومن هنا تنوعت الحقوق التى تتعلق بالرسالة •

فمن جهة يتعلق بها حق المرسل اليه ، فان ملكية الورقة المكتوبة تنتقل اليه بتسلمه للرسالة • ومن جهة اخرى يتعلق بالرسالة حقان للمرسل : حقه فى السرية اذا كانت الرسالة تتضمن سرا يخصه ، وحقه كمؤلف للرسالة اذ ان له عليها حق المؤلف • ثم ان الرسالة بعد ذلك قد تصلح دليلا للاثبات لمصلحة المرسل اليه ، أو لمصلحة المرسل ، أو لمصلحة الغير •

ومن هنا تتعلق بالرسالة حقوق أربعة نبحثها على التعاقب :

١ — حق الملكية المادية •

٢ — الحق فى السرية •

٣ — حق المؤلف •

٤ — الحق فى الاثبات (١) •

---

(١) لم يتضمن قانون حماية حق المؤلف نصا فى شأن الرسالة ، ولكن المشروع الجديد تضمن نصا فى هذا الصدد، فقضت المادة ٣٧ من هذا المشروع بما يأتى : « للمؤلف وحده حق نشر رسائله ، ولكن لا تجوز مباشرة هذا الحق دون اذن المرسل اليه اذا كان من شأن النشر أن يلحق به ضررا » . وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع الجديد : « تعرض المشروع فى المادة ٣٧ لبيان حق المرسل على رسائله باعتباره مؤلفا لها يتمتع بهذا الاعتبار بكل المزايا الأدبية والمادية التى يستتبعها حق المؤلف ، ومن اظهرها حقه فى نشر رسائله . ولما كانت الرسائل قد تتضمن من الأسرار الخاصة التى تتصل بحماية المرسل اليه او تمس به ما يقتضى المحافظة على سريتها ، فان حق المرسل فى نشرها فى مثل هذه الحالة يتقيد بضرورة الحصول على اذن من المرسل اليه متى كان من شأن النشر ان يضر به . وهذا ما عنى النص ببيانه فى شقه الأخير ، كقيد على ممارسة المرسل لحقه على الرسالة كمؤلف لها وغنى عن البيان أن من حق الآخرين ممن قد تتصل الرسالة بهم أن يعترضوا على نشرها كذلك ، اذا كان من شأن النشر الاضرار بهم . وهذا الحق يخضع للقواعد العامة » .

١ — حق الملكية المـادية

(droit de propriété matérielle)

٢٥٨ — انتقال ملكية الرسالة الى المرسل اليه بمجرد تسلمه اياها :

والرسالة ، وهى فى الأصل ملك المرسل . تنتقل ملكيتها الى المرسل اليه بمجرد وصولها الى هذا الأخير وتسلمه اياها من مصلحة البريد مثلا أو من رسول يحملها اليه . وتحديد من هو المرسل اليه مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع بحسب ظروف كل دعوى (١) ، وبخاصة اذا كتب عنوان المرسل اليه فى غير دقة ، أو تغير عنوانه ، أن كان المرسل اليه على رأس متجر باعه فأرسلت الرسالة باسمه وكان قد قصد ارســـالها الى صاحب المتجر أى الى المشترى (٢) .

ويترتب على أن ملكية الرسالة لا تنتقل الى المرسل اليه الا عنــد تسلم هذا اياها النتائج الآتية :

١ — أن الرسالة ، وهى فى الطريق ، تكون ملكا للمرسل لا للمرسل اليــه .

---

(١) نقض فرنسى ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ — ١ — ٢٤٨ — ٣ فبراير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٤٤١ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٢ ص ٥٩١ .

(٢) ويستثنى من قاعدة انتقال الملكية الى المرسل اليه الأحوال الآتية : (ا) اذا كانت الرسالة موجهة الى دواوين الحكومة ، فانها تكون ملكا للحكومة لا للمؤلف الذى أرسلت اليه . (ب) اذا كان من تلقى الرسالة قد تلقاها باعتباره نائبا عن المرسل اليه كولى أو وصى أو قيم ، فالمالك هو الأصيل لا من تلقى الرسالة . (ج) اذا اشترط المرسل اعادة الرسالة اليه أو تمزيقها ، فعند ذلك لا تنتقل ملكيتها الى المرسل اليه ، بل على هذا أن يردها الى المرسل أو أن يمزقهـــا .

وقد قضت محكمة طنطا الكلية ، بأن ملكية الرسالة للمرســل اليه ، الا ما استثنى فى حالة ما اذا اشترط المرسل اليه أن يمزق الرسالة بمجرد قراءتها ، أو الرسائل التى يتسلمها الموظفون فانها تكون ملكا للحكومة ، والرسائل التى يتسلمها الوكيل فانها ملك للموكل ، وكذا الرسائل التى تتعلق بشخص تاريخى فانها تكون ملكا لورثته من بعده (طنطا الكلية ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٣٩ ص ٥٧ — وانظر ايضا مصر قاضى الأمور الوقتية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٥ رقم ٧٦ ص ٢٠٧) .

٢ — أن الرسالة اذا حوت شيئا ذا قيمة كأوراق نقد أو أوراق مالية، فان تبعة ضياعها فى الطريق تكون على المرسل لا على المرسل اليه ؛ اذ أن هذا لم تنتقل اليه ملكية الأوراق قبل أن يتسلمها فتكون تبعة ضياعها على المرسل •

٣ — أنه اذا تمكن أجنبى من الاستيلاء على الرسالة وهى فى الطريق كان للمرسل لا للمرسل اليه حق الرجوع على الأجنبى ليسترد منه الرسالة أو يتقاضى منه تعويضا عنها •

٢٥٩ — انتقال ملكية الرسالة الى ورثة المرسل اليه :

وعند موت المرسل اليه تنتقل ملكية الرسالة الى ورثته . شأنها فى ذلك شأن سائر أموال المرسل اليه ؛ وذلك مالم يكن المرسل قد اشترط استرداد الرسالة عند موت المرسل اليه أو اعدامها دون انتقالها الى ورثته • وقد يفهم هذا الشرط ضمنا من طبيعة الرسالة وسريتها ، أو عدم الجدوى من وجودها فى أيدى الورثة بعد موت مورثهم • كذلك قد يوصى المرسل اليه بأن تؤول الرسالة الى أحد الورثة بالذات أو الى أجنبى يراه أصلح من غيره بحفظ الرسالة ، فيجب فى هذه الحالة تنفيذ وصيته • وليس لدائنى المرسل اليه الاعتراض على الوصية ؛ ولكن اذا ظهر فيما بعد أن نشر الرسالة يغل مالا تعلقت حقوق الدائنين بهذا المال اذا لم يكونوا قد استوفوها من التركة •

فاذا لم يكن شيء من ذلك ، انتقلت ملكية الرسالة الى ورثة المرسل اليه كما سبق القول • وقد تستعصى على القسمة بين الورثة ؛ فتقع فى نصيب أجدرهم برعايتها ، وللآخرين الحق فى أخذ صور منها اذا شاءوا (١) •

٢٦٠ — سلطة المرسل اليه كمالك للرسالة :

لما كان المرسل اليه يعتبر مالكا للرسالة كما قدمنا ، فان له عليها

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٤٨٩ •

سلطة المالك ، فمن حقه أن يحتفظ بالرسالة ، وأن يمتنع عن ردهـــا الى المرسل اذا طلب هذا اليه ذلك مالم يكن قد اشـــترط الاسترداد ، وأن يستردها من يد أي شخص انتقلت اليه حيازة الرســالة دون رضاه • وله أن يتصرف فى الرسالة بالبيع والهبة والعارية وغير ذلك من أنــواع التصرفات التى تصلح لها الرسالة ، وله أخيرا ان يعدم الرسالة اذا شاء ولا يكون مسئولا عن اعدامها اذ هى ملكه •

على أنه مقيد ، فى سلطته على الرسالة ، بقيدين لمصللحة المرسل :

على أنه مقيد ، فى سلطته على الوسالة ، بقيدين لمصلحة المرسل :

(القيد الأول) أن للمرسل كما سنرى ، الحق فى السرية ، فلا يجـــوز للمرسل اليه أن يفشى الرسالة أو يذيعها بالرغم من سريتها ، الا اذا حصل على اذن بذلك من المرسل • (القيد الثانى) أن للمرسل حق المؤلف على الرسالة ، كما سنرى أيضا ، فلا يجوز للمرسل آن ينشر الرسالة أو جزءا منها الا باذن المرسل (١) •

٢ ـ الحق فى السرية

(droit au secret)

٣٦١ ـ الأساس الذى يقوم عليه الحق فى السرية :

كان هناك رأى يذهب الى أن الأساس الذى يقوم عليه الحــق فى سرية الرســائل هو ميثاق (pacte) ضمنى يقوم بين المرســل والمرسل اليه ، بموجبه يتعهد المرسل اليه بالمحافظة على سرية الرســالة فلا يذيع مشتملاتها (٢) • ولكن هذا الأساس لا يمكن التسليم به ، فان الميثاق المزعوم اذا سلمنا به من جانب المرسل ، فهو محض افتراض من جانب المرسل اليه الذى لا يعرف قبل أن يفتح الرســالة مضمونها حتى يتعهد

---

(١) انظر فى كل ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٤ .

(٢) انظر فى هذا المعنى Person فقرة ١٢٢ ص ١٠١ — ص ١٠٢ — Tissier ص ٤٢ — Péret ص ٦٩ وص ٧٧ — ص ٧٨ و ص ٨٣ — روان ٢٣ مارس سنة ١٨٦٤ سيريه ٦٤ — ٢ — ١٤٣ .

بالمحافظة على سريتها . ثم ان الرسالة قد تقع فى يد الغير بمحض الصدفة أو باستيلاء الغير عليها ، فلا يمكن افتراض هذا الميثاق فى هذه الحالة ومع ذلك تحتفظ الرسالة بسريتها كاملة (١) .

لذلك عدل عن فكرة الميثاق الضمنى أساسا يقوم عليه الحـــق فى السرية ، الى فكرة أن سرية الرسالة جانب من جوانب شخصية المرسل . فهى حق من حقوق الشخصية (droit de personnalité) . وكما يجب احترام شخصية المرسل ، كذلك يجب احترام سرية رسائلة . فليست السرية الا جانبا من جوانب هذه الشخصية (٢) .

٢٦٢ — الرسائل التى تتمتع بالحق فى السرية والأشخاص الذين يجوز لهم التمسك بهذا الحق :

أما الرسائل التى تتمتع بالحق فى السرية فهى الرسائل التى تحمل طابع السرية (lettres confidentielles) . وقد كان القائلون بأن الميثاق الضمنى هو الأساس الذى يقوم عليه الحق فى سرية الرسائل يجعلون معيار « طابع السرية » معيارا شخصيا قائما على نية المتراسلين . فاذا انصرفت نيتهم الى جعل الرسائل سرية فهذه النية هى التى تخلع على الرسالة طابع السرية . ولما عدل عن فكرة الميثاق الضمنى ، عدل معها عن هذا المعيـــار الشخصى ، الى معيار موضوعى يتخذ من ظروف المرسل وظروف المرسل اليه وظروف التراسل والحالة الاجتماعية التى يوجد فيها الأشخاص ما يخلع على الرســالة طابع السرية . فالرسائل التجارية تحمل غالبـا طابع السرية ، وبخاصة اذا كانت الرسالة موجهة من التاجر الى ممثله يبعث فيها بتعليمات تتناول خصوصيات تجارته ، أو كانت الرسالة موجهة الى تاجر تحمل معلومات عن حالة تاجر آخر وملاءته ومقدرته الماليــة

---

(١) Jardel ص ٢٠٣ وما بعدها — Gény ١ ص ١٩٧ .

(٢) Gény ١ فقرة ٢٢٦ — اوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا هامش ، مكرر — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٥ ص ٥٩٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٤٩٢ .

وما الى ذلك • والرسالة التى يبعث بها الموكل الى محاميه قد تحمل طابع السرية ، وتحميها القواعد المتعلقة بسر المهنة • وقد تحمل طابع السرية الرسالة التى تبعث بها الخطيبة لخطيبها تكشف له فيها عن بعض أسرارها العائلية ، أو التى يبعث بها الخطيب لخطيبته يكشف فيها عن حالته المالية مثلا أو عن بعض أسراره العائلية • فالرسالة اذن تحمل طابع السرية أو لاتحمله حسب الظروف الموضوعية التى تحيط بالتراسل وبالمتراسلين (١)• وقد تحمل الرسالة طابع السرية فى بداية الأمر ، ثم تذاع لسبب مشروع كأن تقدم مستندا أمام القضاء ، فلا تعود تحمل طابع السرية (٢) •

والأصل أن الشخص الذى يحق له التمسك بالسرية هو المرسل ، ويتمسك بها ضد المرسل اليه أو أى شخص آخر تقع فى يده الرسالة • ولكن لما كانت السرية قائمة ، كما قدمنا ، على وجوب احترام حقـــوق الشخصية ، فأى شخص يذكر فى الرسالة ، سواء كان المرسل أو المرسل اليه أو أجنبيا ، بحيث يقترن ذكره بمعلوماته من شـــأنها أن تستمد من حقوق شخصيته ما يضفى على الرسالة طابع السرية ، يجوز له أن يتمسك بالحق فى السرية (٣) •

٢٦٣ — جزاء انتهاك حرمة السرية :

وطابع السرية الذى تحمله الرسالة يتضمن قيدا هاما على ما للمرسل اليه من حق ملكية الرسالة ، فهو كمالك من حقه أن يتصرف فى الرسالة كما يشاء ، ولكن بشرط أن يحترم واجب السرية فلا ينتهك حرمتها ، ولا يذيع الرسالة بحيث يكشف عن أسرار من له الحق فى التمسك بالسرية على النحو الذى ذكرناه (٤) •

---

(١) أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا ص ٢٩٢ .

(٢) أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا ص ٢٩٣ — ص ٢٩٤ — انسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ .Let. mis فقرة ٥٠ .

(٣) نقض فـــرنسى ٢١ يوليـــه سنة ١٨٦٢ سيريه ٦٢ — ١ — ٣٢٦ — Gény ١ ص ٢٢٣ هامش ٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٥ ص ٥٩٥ .

(٤) وقد قضت محكمة طنطا الكلية بأن حق الملكية فى الرسـائل مقيد بقيود، منها انتقال الملكية للمرسل اليه مجردة عن السر العائلى الذى يبقى ملكا =

ولصاحب الشأن أن يتوقى أولا انتهاك حرية السرية . عندما يرى هذه الحرمة مهددة بالانتهاك . فله أن يطلب من القضاء المستعجل منع نشر الرسالة ، أو منع تقديمها الى القضاء ، أو منع بيعها فى المزاد العلنى (١) .

فاذا انتهكت حرمة السرية فعلا ، كان أمام صاحب الشأن أن يطلب تعويضا عن انتهاك هذه الحرمة (٢) . بل له فى حالات استثنائية . يقوم فيها مبرر كاف ، أن يطلب اعدام الرسالة (٣) . ولكن ليس له أن يطلب استرداد الرسالة فقد خرجت من ملكه ودخلت فى ملك المرسل اليه ، وفى اجبار المرسل اليه على رد الرسالة انتهاك حرمة ملكه انتهاكا لا يبرره انتهاك حرمة السرية (٤) .

٣ — حــق المؤلف

(droit d'auteur)

٢٦٤ — للمرسل حق المؤلف على الرسالة :

واذا كانت الرسالة تنطوى على جانب من الابتكار ، كان للمرسل

= للمرسل فلا يجوز للمرسل اليه نشرها ، وليس له ان يقدم رسالة للقضاء تتضمن سرا من أسرار المرسل (طنطا الكلية ٢٧ يونية سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٣٩ ص ٥٧ — وانظر مصر قاضى الأمور الوقتية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٥ رقم ٧٦ ص ٢٠٧) .

(١) نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ — ١ — ١٧ — ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٤٦ — السين ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الاسبوعى ١٩٢٨ — ٦١٦ .

(٢) كان ٧ فبراير سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩ — ٢ — ٢ .

(٣) انظر فى هذا المعنى Gény ١ ص ٢٠٦ — عكس ذلك كان ٧ فبراير سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩ — ٢ — ٢ (وهو الحكم السابق الاشارة اليه) .

(٤) باريس ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٠ سيريه ٥٠ — ٢ — ٦٢٥ — Gény ١ ص ٢٠٥ . ولكن انظر فى حالة موت المرسل اليه نقض فرنسى ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ — ١ — ٢٦٣ — السين ١٨ يوليه سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ٢ — ٢٠٦ .

حق المؤلف عليها ، فهو الذى أنشأها وقام بجانب الابتكار فيها (١) .

فللمرسل اذن أن يقرر نشر الرسالة ، وله أن ينشرها . وله ، دون المرسل اليه ، حق الاستغلال المالى ، فهو وحده الذى له حق المؤلف . وله دفع الاعتداء عن حقه الأدبى فى الرسالة ، كما له أن يسحبها من التداول اذا هى نشرت (٢) .

وينتقل حق المؤلف من المرسل الى ورثته (٣) . فينتقل الى هؤلاء حق الاستغلال المالى ، كما ينتقل اليهم الحق الأدبى . وبموجب الحق الأدبى يكون للورثة الحق فى تقرير نشر الرسالة أو عدم نشرها ، متوخين فى ذلك بوجه خاص احترام ارادة المرسل صاحب الرسالة (٤) .

٢٦٥ — تقييد حق المؤلف بملكية الرسالة المادية وبالحق فى السرية :
على أن حق المؤلف الثابت للمرسل على الرسالة يتقيد بحق الملكية المادية للمرسل اليه ، وبحق السرية فى الرسالة .

فتقييد حق المؤلف بحق الملكيـــة المادية للمرسل اليه يأتى من أن أصل الرسالة يكون عادة فى يد المرســـل اليه ، ويملكه هذا ملكية مادية على النحو الذى ذكرناه . فلا يستطيع المرسل أن ينتزع أصل الرسالة من يد المرسل اليه لنشرها اذا شاء ، اذ يجوز للمرسل اليه كما قدمنا أن يمتنع من رد أصل الرسالة الى المرسل . فلا يبقى أمام المرسل ، اذا

---

(١) Gény ١ فقرة ١٤٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٦ — السين ٢٠ يوليه سنة ١٨٨٨ جازيت دى باليه ٨٨ — ٢ — ٢١٣ (رسائل Paul Baudry) — السين ١١ مارس سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ٢ — ٣٥٨ (رســـائل George Sand) — باريس ١٥ يونيه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ — ٢ — ٢٧٣ (رسائل Mérimée) .

(٢) السين ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ وباريس ٢١ فبراير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ — ٢ — ١٧ .

(٣) السين ١١ مارس سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ٢ — ٣٥٨ — Gény ١ ص ٣٨١ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٦ .

(٤) باريس ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٠ سريه ٥٠ — ٢ — ٦٢٥ — السين ٢٠ مايو سنة ١٩٠٤ Le Droit ٢١ مايو سنة ١٩٠٤ .

شاء نشر الرسالة ، الا أحد أمرين : اما أن يكون قد احتفظ عنده بصورة من أصل الرسالة ينشرها متى أراد ، أو أن يتفق مع المرسل اليه على تسليمه الأصل لنشره ورده اليه بعد ذلك وقد يكون هذا فى مقابل مبلغ من المال (١) . وقد يستخلص من الظروف أن المرسل اراد أن ينقل الى المرسل اليه ، مع ملكية الرسالة المادية ، حق المؤلف على الرسالة . فيكون للمرسل اليه فى هذه الحالة حق نشر الرسالة لا باعتباره مالكا لها ملكية أدبية ، بل باعتباره متنازلا له عن حق المؤلف (٢) . وقد يستخلص من الظروف كذلك أن المرسل قد أذن للمرسل اليه فى نشر الرسالة ، دون أن ينزل له بذلك عن حق المؤلف ، فيكون لكل من المرسل والمرسل اليه حق النشر ، الأول بموجب حق المؤلف ، والآخر بموجب الاذن الصادر من المرسل (٣) .

ويتقيد حق المؤلف بالحق فى السرية ، اذا ثبت هذا الحق فى الرسالة للمرسل اليه أو الأجنبى على النحو الذى بيناه فيما تقدم (٤) . وعند ذلك يمتنع على المرسل نشر الرسالة الا باذن من له الحق فى السرية ، والا كان لهذا الأخير أن يمنعه من النشر ، واذا تم النشر دون اذنه كان له الحق فى الرجوع بالتعويض (٥) . واذا ثبت حق النشر للمرسل اليه ، كان على هذا ألا يخل بحرمة سرية الرسالة ، سواء تعلق حق السرية بالمرسل أو بأجنبى (٦) .

---

(١) Gény ١ ص ٣٦٥ وص ٣٧٢ — Jardel ص ٢٨١ — ص ٢٨٢ .

(٢) السين ٣٠ يونية ١٨٨٣ Ann. سنة ١٨٨٧ ص ١٠٨ — ص ١١٥ (رسائل (Sainte - Beuve)) ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٢ — ٢ — ١٧ — ولقاضى الموضوع تقدير ما اذا كان المرسل قد نزل للمرسل اليه عن حق المؤلف . ولا يعتبر عدم احتفاظ المرسل بصورة من الرسالة الا مجرد قرينة قضائية على نزوله عن حق اؤلف قد ياخذ بها القاضى فى بعض القضايا ولا ياخذ بها في بعض آخر (انسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Let. mis. فقرة ٦٥) .

(٣) السين ٢ ديسمبر سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ — ٣ — ١١٢ — Gény ١ ص ٣٧٢ وهامش ٢ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٢٦٢ .

(٥) انظر آنفا فقرة ٢٦٣ .

(٦) السين ١١ مارس سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ٢ — ٣٥٨ — السين =

٤ — الحق فى الاثبات

(droit à la preuve)

٢٦٦ — قيمة الرسالة فى الاثبات — احالة :

كان الفقه والقضــاء فى مصر ، فى ظل التقنين المدنى الســابق ، يذهبان الى أن للمرسل اليه أن يستخدم الرسالة كدليل اثبات على حق يدعيه عند المرسل . ثم ان ما ورد فى الرسالة اذا كان بخط المدين أو كان موقعا عليه منه يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة أو دليلا كاملا ، على أن يترك ذلك لتقدير القاضى . فان الرسالة ليست فى الأصــل معدة للاثبــات وما يدونه المرسل فيها لا يلتزم فيه من الاحتيــاط ما يلتزمه فى الورقة العرفية التى تعد مقدما للاثبات فيجب أن يكون هذا محلا للاعتبار (١) .

أما التقنين المدنى الجديد فلم يترك الأمر الى تقدير القاضى ، بل نص فى المادة ٣٩٦ / ١ منه على أن « تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية فى الاثبات » . وقد سلب القاضى بهذا النص حريته فى التقدير ، فلم يعد يستطيع ، اذا رأى المرسل لم يحتط فى رسالته ، أن يرفع عن الرسالة حجتيها أو أن ينتقص من هذه الحجية كما كان يستطيع فى ظل التقنين المدنى السابق . فمتى كانت الرسالة موقعة من المرسل ، استوفت شرائط الورقة العرفية ، وثبتت لها قيمة الدليل الكامل . فهى حجة على المرسل من حيث صدورها منه ، الا أن ينكر توقيعه أو خطه . وهى أيضا حجة على المرسل بصحة المدون فيهــا ، الا أن يثبت العكس بالطرق المقررة . وهى أخيرا حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانونى الذى تشهد به الرســالة ، على أن له أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التى يسمح بها القــانون (٢) .

= دائرة الجنح ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ داللوز — ٢ — ٢٧٣ — Gény ١ ص ٣٧١ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٦ ص ٥٩٦ .

(١) انظر فى تفصيل ذلك الوسيط الجزء الثانى المجلد الاول الطبعــة الثانية المنقحة فقرة ١٣٢ .

(٢) « والذى لا يزال يفرق فى نظرنا بين الرسالة الموقعة والورقة العرفية المعدة للاثبات ، حتى فى ظل التقنين الجديد ، هو أن القاضى عند تفسيره =

أما اذا كانت الرسالة غير موقعة ولكنها مكتوبة بخط المرسل ، فهى تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة .

ونحيل فى تفصيل ذلك الى ما قدمناه فى الجزء الثانى من الوسيط (١) .

٢٦٧ — متى يجوز للمرسل اليه أن يحتج بالرسالة — احالة :
والأصل أن للمرسل اليه ، كما قدمنا ، أن يقدم الرسالة الى القضاء ليستخلص منها دليلا لصالحه ضد المرسل ، متى كانت له مصلحة مشروعة فى ذلك . فاذا تضمنت الرسالة اتفاقا تم بينه وبين المرسل . او التزاما تعهد به المرسل ، أو مخالصة أو ابراء أو اقرارا أو نحو ذلك . كان للمرسل اليه مصلحة مشروعة فى أن يقدم الرسالة دليلا للاثبات . وكذلك اذا تضمنت الرسالة جريمة فى حق المرسل اليه . كتهديد أو احتيال أو قذف أو سب (٢) . على ألا يكون فى كل هذا انتهاك لحرمة السرية ، والا لم يجز للمرسل اليه أن يقدم الرسالة الى القضاء ، وجاز للمرسل أن يطلب استبعادها وأن يرجع بالتعويض . وينتقل حق المرسل اليه فى الرسالة كدليل اثبات الى ورثته من بعده ، فلهم استعمالها كخلف له فى نفس الحدود التى يجوز فيها ذلك للمرسل اليه : لمصلحة مشروعة وبشرط عدم انتهاك حرمة السرية .

ونحيل فى تفصيل ذلك الى ما قدمناه فى الجزء الثانى من الوسيط (٣) .

= للعبارات الواردة فى الرسالة الموقعة — اذا كانت هذه الرسالة لم تعد مقدما للاثبات ويندر ان تعد لهذا الغرض فى غير المسائل التجارية — لابد انه ملق بالا الى أن كاتب هذه العبارة لم يصطنع الحيطة المألوفة عند من يقصد ان يرتبط بعباراته ارتباطا قانونيا ، فيفسر الرسالة بما يتلاءم مع الجو الذى كتبت فيه » (الوسيط الجزء الثانى ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة ، فقرة ١٣٢ ص ٣٤٨) .

(١) الوسيط الجزء الثانى ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة ، فقرة ١٣٣ ص ٤٤٩ .

(٢) أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا ص ٢٨٨ .

(٣) الوسيط الجزء الثانى ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٣٣ .

٢٦٨ — متى يجوز للغير أن يحتج بالرسالة — احالة :

ويجوز كذلك للغير ، اذا كانت له مصلحة مشروعة ، أن يحتج بالرسالة ، كأن تتضمن الرسالة اقرارا من المرسل يفيد الغير ، أو تتضمن اشتراطا لمصلحة هذا الغير . ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة ليس مستمدا من أنها ملك للمرسل اليه ومن أنه فى الاحتجاج بها انما يستعمل ملكه ، ولكنه مستمد من أن الرسالة تنطوى على دليل اثبات . ويتبين من ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة مستمد لا من حق الملك ، بل من الحق فى الاثبات [1] . وهو حق ضيق فى التشريع المصرى ، فان المادة ٢٠ من قانون الاثبات لا تجيز للخصم — وهو هنا الغير — أن يطلب الزام خصمه — وهو هنا المرسل اليه اذا كانت الدعوى قائمة بينه وبين الغير — بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى ، ومن ذلك الرسالة التى تتضمن دليلا لمصلحة الغير ، الا اذا كانت الرسالة محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة أو استند اليها خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى . ويجب فوق ذلك ألا يكون فى تقديم الرسالة انتهاك لحرمة السرية ، والا وجب أيضا استئذان المرسل قبل تقديمها ، هذا ما لم يكن المرسل نفسه هو الخصم الذى طلب تقديم الرسالة .

وهذا كله لو كانت الرسالة فى يد المرسل اليه كما هو الغالب . ولكنها قد تقع فى يد الغير الذى له مصلحة مشروعة فى الاحتجاج بها . فان وقعت فى يده بطريقة غير مشروعة ، كأن كان قد أخذها خلسة أو احتيالا ، لم يجز له تقديمها بتاتا ، واذا قدمها وجب استبعادها . أما اذا وقعت فى يده بطريقة مشروعة فلا يجوز له كذلك تقديمها الا باذن المرسل اليه مالك الرسالة ، ما لم يكن له فيها حق الاثبات فى الأحوال التى قدمناها فيجوز له تقديمها عندئذ بغير اذن المرسل اليه .

---

(١) أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٦٠ ثالثا هامش ٤ مكرر — Gény ٢ ص ٨٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٨٧ .

وفى جميع الأحوال لا يجوز تقديم الرسالة اذا كان فى تقديمها انتهاك لحرمة السرية الا بعد استئذان المرسل ، ولا تعتبر الرسالة سرية لمجرد أنها موجهة لشخص غير الذى يحتج بها ، بل السرية ترجع الى موضوع الرسالة نفسه كما قدمنا . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ذلك .

ونحيل فى تفصيل ذلك الى ما قدمناه فى الجزء الثانى من الوسيط (١) .

الفرع الثانى

حق المخترع

أو الملكية الصناعية

(droit d'inventeur-droit de propriété industrielle)

٢٦٩ ــ الأنواع الرئيسية لحق المخترع أو الملكية الصناعية :

يعد هذا الموضوع عادة من موضوعات القانون التجارى . لذلك نوجز القول فيه هنا لنستلم به صورة الحقوق التى ترد على الأشياء غير المادية المتعلقة بالفكر ، تاركين الملكية التجارية فهى من أخص موضوعات القانون التجارى وهى فوق ذلك لا تتعلق بالفكر .

والأنواع الرئيسية لحق المخترع ، أو لما يسمى عادة بالملكية الصناعية ، ثلاثة : ١ ــ براءات الاختراع (brevets d'invention). ٢ ــ الرسوم والنماذج الصناعية (dessins et modèles) ٣ ــ العلامات والبيانات التجارية (marques de fabrique et mentions commerciales).

---

(١) الوسيط الجزء الثانى ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٣٤ ــ وانظر فى قوة البرقية فى الاثبات الوسيط الجزء الثانى ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٣٥ .

ونفرد براءات الاختراع لأهميتها بمبحث ، وفى المبحث الثـــانى نجمع سائر انواع الملكية الصناعيه من رسوم ونماذج صـــناعيه ومن علامات وبيانات تجارية (١) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعيه — وهو القانون الذى اعقب القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجاريه ومجموع القانونين ينتظم أهم التشريعات الخاصه بما يسمى بالملكية الصناعية — ماياتى. « دعت ضرورات النهوض بالصناعة والتجارة الى تنظيم حمـــــاية الملكية الصناعية . فاخذت الدول منذ قبيل القرن التاسع عشر تضع النظم وتسن القوانين التى تكفل تحقيق الحماية على الوجه الأكمل للعناصر الثلاثة الرئيسيه للملكيه الصناعية . وهى العلامات التجارية وبراءات الاختراع والرســـوم والنماذج الصناعيه . ولم يقتصر نشاط الدول فى هذه الناحية على التشريعات الداخليه . بل أدى التطور الاقتصادى والتنافس التجارى الى تنظيم دولى للملكية الصناعية . فوضعت اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعيه فى ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ . ثم عدلت فى مؤتمرات بروكسل فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ وواشنطون فى ٢ يونية سنة ١٩١١ ولاهاى فى ٦ نوفمبر سنه ١٩٢٥ ولندن فى ٢ يونيه سنة ١٩٣٤ . كما انشىء فى برن المكتب الدولى لحماية الملكيةالصناعية. وظلت مصر منذ بدء حركة التقنين الحويث فيها بمعزل عن تلك الحركة العالمية ، فخلا التشريع المصرى من النصوص المنظمة لهذا النوع من الملكية . وكل مـــا هنالك ان المجموعة المدنية الأهليه (١٨٨٣) قد نصت فى المادة ١٢ منها على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق الصانع فى ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » . ولا مقابل لهذا النص فى المجموعة المدنيه المختلطة (سنة ١٨٧٥) . وكذلك نص قانون العقوبات المصرى على الجزاءات الخاصة بهذا الشأن فى المواد ٣٤٨ و ٣٤٩ و ٣٥٠ . ولما كان القانون المشار اليه فى المادة ١٢ لم يصدر بعد ، فقد ظلت النصوص الجنائية معطلة . واء هذا النقص فى التشريع لم يكن بد من أن يرجع القضاء المختلط الى مبادىء العدالة والقانون الطبيعى لتقرير حق المخترع وتحديد نطاقة ، معتمدا على المبادىء المسلمة فى القانون المقارن والاتفاقات الدولية . ووضع فى المحاكم المختلطة نظام ادارى لتسجيل الاختراعات بطريق الايداع فى قلم الكتاب ، بغية الوصول الى نوع ولو يسير من الحماية القائمة على اساس من القانون الطبيعى . ولما كان هـــذا النظام يقصر عن تحقيق حماية الملكية الصناعية بالأوضاع المألوفة ، فقـــد اخذت مصر تساير الحركة العالمية ، واصدرت القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، ولايزال مع هذه الخطوة نقص فى التشريع المصرى فيما يختص بالملكية الصناعية ينبغى سده بحماية الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية . ومتى تم لمصر ذلك أمكنها أن تنضم للاتفاقية الدولية لحماية الملكية الصناعية ، وأن تشترك تبعا لذلك فى المكتب الدولى ببرن » .

المبحث الأول

براءات الاختراع (*)

٢٧٠ — حق المخترع ووجوب حمايته :

هو حق عيني اصلي يقع على شيء غير مادي ، فهو اذن حق عيني اصلي
قدمنا (١) أن حق المخترع ، كحق المؤلف ، ليس حق ملكيه ، بل
منقول .

وكما وجبت حماية حق المؤلف ، وجبت كذلك حماية حق المخترع ، فالحقان ثمرة من ثمرات الفكر والابتكار . بل ان حمـايه حق المخترع سبقت فى التشريع المصرى حمايه حق المؤلف ، اذ صدر القـانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ خاصا ببراءات الاختراع والرســوم والنمـاذج

= هذا الى جانب اتفاقية باريس الدوليه المبرمة فى ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ والمشـار اليها فى المذكرة الايضاحيه سـالفه الذكر يوجد :

١ — معاهدة مدريد (ولائحتها التنفيذيه) الخاصه بالتســجيل الدولى للعلامات التجارية والصناعية والمبرمه فى ١٤ ابريل سنه ١٨٦١ ، وعـدلت الاتفاقيه فى بروكسل فى ١٤ ديسمبر سنه ١٩٠٠ ، وواشنجتون فى ١ يونيه سنة ١٩١١ ، ولاهاى فى ٦ نوفمبر سنه ١٩٢٥ ، ولندن فى ١ يونيه سنه ١٩٣٤ .

٢ — معاهدة لاهاى (ولائحتها التنفيذيه) الخاصه بالايداع الدولى للرسوم والنماذج الصناعيه والمبرمة فى ٦ نوفمبر سنه سنه ١٩٢٥ ، والمعدله فى لندن فى ٢ يونيه سنة ١٩٣٤ .

٣ — معاهدة مدريد الخاصة بقمع بيانات المصدر غير المطابقة للحقيقه الموضوعية على البضائع والمبرمة فى ١٤ ابريل سنة ١٨٦١ ، والمعـدله فى واشنجتون فى ٢ يونية سنة ١٩١١ ، ولاهاى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ ، ولندن فى ٢ يونيه سنة ١٩٣٤ .

وقد وافقت مصر على هذه الاتفاقيات جميعا بالقانون رقم ٦٥ لسـنه ١٩٥٠ . ثم صدر مرسوم فى ٢١ مايو سنة ١٩٥١ باصدارها والعمل بها اعتبارا من اول يوليه سنة ١٩٥١ فيما يتعلق باتفاقية باريس ، واعتبارا من اول يوليه سنة ١٩٥٢ فيما يتعلق بالاتفاقيات الأخرى .

(*) مراجع : Pouillet فى براءات الاختراع الطبعة السادســه — سنة ١٩١٥ — Allart فى براءات الاختراع الطبعة الثالثة Claro, Taillefer سنة ١٩٣١ Wienmann, Moureaux الطبعة الثانية سنة ١٩٤٩ — Casalouga جزءان سنة ١٩٤٩ .

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٦ فى آخرها .

الصناعية ، وقد عدل بالقانون رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٥٥ • وصدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بالقرار الوزارى رقم ٢٣٠ لسنه ١٩٥١ ، وقد عدل هذا القرار بالقرارات رقم ٢٧١ لسنه ١٩٥٣ ورقم ٣٩٠ لسنة ١٩٥٥ ورقم ٤٩ لسنة ١٩٥٨ ورقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٠ (١) •

ويتمثل حق المخترع فى براءة اختراع تمنح له متى استوفى حقه الشروط الواجبة ، وتسجل هذه البراءة فيضفى التسجيل عليها حماية تفرض واجبات وحقوقا لصاحب البراءة • وقد نظم القانون فوق ذلك طرقا حاسمة لهذه الحماية . فنتكلم فى هذه المسائل الثلاث :

١ ـ الشروط الواجب توافرها فى حق المخترع لمنح براءة الاختراع •

٢ ـ واجبات صاحب البراءة وحقوقه •

٣ ـ طرق حماية براءة الاختراع •

---

(١) وسبق القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية صدور القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية . وفى هذين القانونين تجمعت العناصر الثلاثة لما يسمى بالملكية الصناعية : العلامات والبيانات التجارية ، وبراءات الاختراع ، والرسوم والنماذج الصناعية :

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون براءات الاختراع فى هذا الصدد : « اما مصر فقد بدأت فى سنة ١٩٣٩ بتشريع مستقل للعلامات والبيانات التجارية . وقد رؤى فى التشريع المرافق الجمع فى القانون واحد بين العنصرين الباقيين ، وهما الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية لما بينهما من علاقة تسوغ هذا الجمع ، لأن كلا من العنصرين ان هو الا انتاج فكرى يستخدم فى الصناعة ، اذ تقوم براءات الاختراع لحماية الصناعة فى ذاتها ، كما يقوم تسجيل الرسوم والنماذج الصناعية لحماية الفن التطبيقى فى الصناعة، ومناط الحماية بالنسبة الى كل منهما هو عنصر الابتكار والجدة . وقد روعيت فى المشروع المرافق احكام الاتفاقية الدولية للملكية الصناعية باعتبارها نظاما نمطا يحتذى وحدا أدنى يجب التزامه فى التشريع الداخلى ، حتى اذا ما انضمت مصر الى الاتفاقية كان تشريعها منسقا واحكام الاتفاقية المذكورة . كذلك اخذ الشرع بالمبادىء المقررة فى التشريعات الحديثة . وخاصة التشريع السويسرى (سنة ١٩٠٧) =

١ — الشروط الواجب توافرها فى حق المخترع لمنح براءة الاختراع

٢٧١ — شروط أربعة :

تنص المادة الاولى من القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية على ما يأتى : « تمنح براءة اختراع ، وفقا لاحكام هذا القانون ، عن كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعي ، سواء أكان متعلقا بمنتجات صناعيه جديدة أم بطرق أو وسائل صناعية مستحدثه أم بتطبيق جديد لطرق او وسائل صناعية معروفة » •

ويخلص من هذا النص أن الشروط الواجب توافرها فى الاختراع لمنح براءة تحميه هي :

(أولا) أن ينطوى الاختراع على ابتكار •

(ثانيا) أن يكون هذا الأبتكار جديدا •

(ثالثا) أن يكون هذا الاختراع المبتكر الجديد قابلا للاستغلال الصناعى •

(رابعا) وهذا شروط سنراه فى المادة الثانية من نفس القانون الا يكون فى الاختراع اخلال بالآداب او بالنظام العام •

٢٧٢ — الشرط الأول — أن ينطوى الاختراع على ابتكار :

وهذا هو الأساس الذى تقوم عليه حماية حق المخترع ، فلولا هذا الابتكار الذى ينطوى عليه الاختراع لما استحق الحماية ، فحق المخترع انما هو ثمرة من ثمار فكر الانسان وابتكاراته • ولا يراد بالابتكار أن يكون ابتداعا رائعا ، بل يكفى أى قدر من الابتكار أيا كانت قيمته • والمهم

= والتشريع الايطالى (سنة ١٩٣٤) والتشريع الالمانى (سنة ١٩٣٦) والتشريع الفنلندى (سنة ١٩٤٣) ، ولم يغفل مع ذلك مراعاة ظروف البيئة وسايره احوال النهضة الصناعية » •

أن يكون شيئا غير معهود من قبل ، وقد ابتدعه فكر الانسان ، فاختراع آلة جديدة ، أو مادة كيمياوية جديدة للقضاء على مرض من أمـــراض الحاصلات الزراعية . أو دواء جديد لعلاج مرض من أمراض الانســان أو الحيوان ، أو وسيلة نقل جديدة لم تكن معروفة من قبل ، أو صيغة جديدة تلون بها الاقمشة أو الشعر ، او أمواس حلاقة جديدة غــير الأمواس المعروفة فى الأسواق • ونحو ذلك . كل هذه اختراعات تنطوى على ابتكار ، وهى كلها تتعلق بمنتجات جديدة أو وسائل مستحدثة • وقد لايكون الاختراع متعلقا بمنتجات جديدة أو وسائل مستحدثة ، ولكن بتطبيق جديد لطرق معروفه من قبل ، كجعل جهاز التسخين صـــالحا كجهاز للتبريد فى وقت واحد ، واستخدام الكهرباء لنقل الصوت بطريق التلفون والراديو . أو نقل الصورة والضوء بطريق التلفزيون •

كل هذه اختراعات تنطوى على قدر من الابتكار يتفاوت قـــوة وضعفا ، ولكنه ابتكار على كل حال ، ومن ثم يستحق الحماية •

وقد قضت المحكمة الادارية العليا بان المادة الأولى من القانـــون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ تنص على ان « تمنح براءة اختراع وفقا لاحكام هذا القانون عن كل ابتكار جديد للاستغلال الصناعى سواء اكان متعلقا بمنتجات صناعية جديده ام بطريق أو وسائل صناعية مستحدثة ام بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة » ، والمستفاد من هذا النص ومن باقى أحكام القانون آنه يتعين لمنح براءة الاختراع ان يكون هناك ابتكار أو اختراع وأن يكون هذا الاختراع جديدا وأن يكون قابـــلا للاستغلال الصناعى وأن يكون من الاختراعات التى يجيز القانـــون منح براءة عنها ، وقد سبق لهذه المحكمة ان قضت بان المقصود بالاختراع هو تقديم شىء جديد للمجتمع أو ايجاد شىء لم يكن موجودا من قبل وقوامه أو مميزة أن يكون ثمن فكرة ابتكاريه أو نشاط ابتكارى يتجاوز الفن الصناعى القائم ، فلا يعد من قبيل المختـــرعات التنقيحات أو التحسينات التى لا تضيف الى الفن الصناعى القائم أو التعـــديلات الجزئية غير الجوهرية التى لا تغيب عن رجل الصناعة المتخصص فى

حدود المعلومات الجارية والتى هى وليدة المهارة الحرفية وحدها ومثل هذه الصور تدخل فى نطاق الصناعة لا فى نطاق الاختراع (١) •

٢٧٣ — الشرط الثانى — أن يكون الابتكار جديدا :

والغرض من أن يكون الابتكار جديدا ليس هو مجرد تكــرار لشرط الابتكار ، فكل ابتكار يستحدث جديدا كما قدمنا • ولكن المقصود أن يكون هذا الابتكار الذى استحدث جديدا لم يكن معروفا من قبــل ، بل يكون المخترع الذى يطلب براءة الاختراع قد سبق غيره فى التعريف بهذا الاختراع • وقد حددت المادة ٣ من قانون براءات الاختراع المعنى المقصود بالجدة فى هذا الصدد ، فقالت : « لا يعتبر الاختراع جديدا كله أو جزء منه فى الحالتين الآتيتين :

١ — اذا كان فى خلال الخمسين سنة السابقة لتاريخ تقديم طلب البراءة قد سبق استعمال الاختراع بصفة علنية فى مصر • أو كان قــد شهر عن وصفه أو عن رسمه فى نشرات أذيعت فى مصر وكان الوصف أو الرسم الذى نشر من الوضوح بحيث يكون فى امكان ذوى الخبــرة استغلاله •

٢ — اذا كان فى خلال الخمسين سنة السابقة على تاريخ تقديم طلب البراءة قد سبق اصدار براءة عن الاختراع أو عن جزء منه لغــير المخترع أو لغير من آلت اليه حقوقه ، أو كان قد سبق للغير أن طلب براءة عن الاختراع ذاته أو عن جزء منه فى المدة المذكورة » •

فالجدة هنا معناها اذن السبق الى التعريف بالاختراع (٢) •

---

(١) ادارية عليا فى ١٩٦٦/٥/١٤ مجموعة المبادى القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا السنة ١١ صفحة ٦٤١ •

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون براءات الاختراع : « وقد اختلفت التشريعات فى تحديد معنى الجدة اللازمة للحصول على براءة الاختراع، ويمكن تقسيمها فى هذا الصدد الى ثلاث شعب : (الشعبة الأولى) تعتبــر الاختراع فاقدا عنصر الجدة اذا كان قد نشر عنه قبل طلب البراءة نشرا كافيا لتنفيذه ، سواء احصل هذا النشر داخل الدولة ام خارجها (قوانين فرنسا =

٢٧٤ — الشرط الثالث — أن يكون الاختراع قابلا للاستغلال الصناعى :

والمقصود بالاستغلال الصناعى ليس هو المعنى الضيق من هذه العبارة ، بل كل استغلال اقتصادى ولو لم يكن صناعيا . فتدخل الاختراعات الصناعية والاختراعات فى ميادين الزراعة والتجارة والصناعات الاستخراجية كالمناجم والمحاجر ، ولكن لا يدخل استنبات محصول جديد فى الزراعة أو نوع جديد من البذور .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون براءات الاختراع فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا يقصد بعبارة الاستغلال الصناعى قصر استخدام الاختراع على الصناعة بالمعنى الضيق ، بل ذلك يتناول الصناعة بمعناها الأعم ، ومنها استخدام الاختراع (آلة جديدة مثلا) فى الزراعة والصناعات الاستخراجية كالمناجم والمحاجر . ولا يتناول النص المنتجات الزراعية فى ذاتها كاستنبات نوع جديد من البذور أو الحاصلات ، فان هذا لا يعتبر اختراعا يشمله القانون بالحماية . وذكر عبارة الاستغلال الصناعى مقصود به استبعاد الابتكارات النظرية البحتة ، ككشف قانون

= وسوريا ولبنان وبولفيا والبرازيل وشيلى) . (الشعبة الثانية) لا تعتبر النشر او الاستعمال السابق على تقديم طلب البراءة قاضيا على عنصر الجدة الا اذا كان قد حصل النشر او الاستعمال فى داخل الدولة ذاتها (قوانين انجلترا واليابان والنرويج وسويسرا) . (الشعبة الثالثة) تميز بين النشر عن طريق المطبوعات وطرق النشر الاخرى كالاستغلال والعرف .. الخ ، وتعتبر مجرد النشر عن طريق الطباعة قاضيا على عنصر الجدة سواء احصل فى الخارج أم فى الداخل ، أما النشر بالطرق الاخرى فلا يكون له ذلك الاثر الا اذا تم فى داخل الدولة (قوانين ألمانيا والنمسا ويوغوسلافيا) . وقد ساير المشروع المبدأ السائد فى قوانين دول الشعبة الثانية ، فأخذ نص المادة الثالثة من المادة السابعة من القانون الانجليزى مع تعديلها بما يوافق وجهته فى عدم الأخذ بالنظام الانجليزى الذى يتطلب الفحص السابق . فبمقتضى المشروع يعتبر عنصر الجدة متوافرا اذا لم يكن قد نشر عن الاختراع فى مصر ، وفى هذه الخطة تشجيع لطلب براءات فى مصر عن اختراعات جرى النشر عنها فى الخارج حتى تستفيد البلاد فى نهضتها الصناعية من الاختراعات الأجنبية » .

جديد للجاذبية أو الكثافة . واذن فالعالم الذى يكشف عن نظرية علمية جديدة لايجوز ان يطلب عنها براءة اختراع . وعلى الجملة فان قصد المشروع هو حماية المنتجات والطرق الصناعية الجديدة . وكذلك التطبيق الجديد لهذه الطرق » .

وقد سميت النظريات العلمية البحتة التى لم تعد للاستغلال الاقتصادى بالملكية العلمية (propriété scientifique) ، وهذه لم يصل القانون الى اليوم الى الحد الذى يضفى فيه على هذه النظريات الحماية التى يضفيها على حق المؤلف أو حق المخترع .

٢٧٥ ــ الشرط الرابع ــ الا يكون فى الاختراع اخلال بالآداب أو بالنظام العام :

وفى خصوص هذا الشرط تنص المادة ٢ من قانون براءات الاختراع على ما يأتى : « لا تمنح براءة اختراع عما يأتى : (أ) الاختراعات التى ينشأ عن استغلالها اخلال بالآداب أو بالنظام العام (ب) الاختراعات الكيمائية المتعلقة بالأغذية أو العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلية ، الا اذا كانت هذه المنتجات تصنع بطرق أو عمليات كيمائية خاصة ، وفى هذه الحالة الأخيرة لاتنصرف البراءة الى المنتجات ذاتها بل تنصرف الى طريقة صنعها » .

ويخلص من هذا النص أن أى اختراع ينشأ عن استغلاله اخلال بالآداب أو بالنظام العام لايجوز أن تمنح عنه براءة اختراع ، فمن اخترع آلة للمقامرة ، ومن كشف عن عقاقير تصنع بعمليات كيمائية خاصة ويكون الغرض منها الاجهاض ، ومن صنع جهازا يكون الغرض منه منع فض البكارة فى أثناء الاتصال الجنسى ، ومن صنع أجهزة لتسلق الحيطان ونقبها خفية للتمكن من السرقة ، كل هؤلاء يكونون قد وصلوا الى الكشف عن اختراعات فى استغلالها اخلال بالآداب أو بالنظام العام ، فلا يجوز أن تمنح لهم براءات عن هذه الاختراعات .

وكل اختراع كيمائى يتعلق بالأغذية ، وكل العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلية ، لايجوز أن يحتكرها مخترعوها ، فهى ملك شائع

للجميع لضرورتها لتغذية الجسم ولصحته . فلا يجوز أن يمنح عنها براءات اختراع ، لمخالفة ذلك للنظام العام . والممنوع هنا هو منح براءة اختراع عن المنتجات ذاتها ، من منتجات كيمائية متعلقة بالأغذية ومن عقاقير طبية ومركبات صيدلية . أما اذا كانت هذه المنتجات تصنع بطرق أو عمليات كيمائية خاصة كشف عنها المخترع ، فانه من الممكن أن يمنح براءة احتراع عن العمليات الكيمائية الخاصة التى كشفها . ولكن لايمنح براءة اختراع عن الأغذية والعقاقير والمركبات ، فهذه يجوز للجميع انتاجها بأية طريقة ، بشرط ألا تكون الطريقة أو العملية الكيمائية الخاصة التى منحت لها براءة الاختراع (١) .

٢ — واجبات صاحب براءة الاختراع وحقــوقه

٢٧٦ — الاجراءات الواجب اتباعها للحصول على براءة الاختراع وقيدها فى السجل الخاص :

تنص المادة ١٥ من قانون براءات الاختراع على أن « يقدم طلب البراءة من المخترع أو ممن آلت اليه حقوقه الى ادارة براءة الاختراع ،

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون براءات الاختراع فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد اشارت المادة الثانية الى انواع معينة من الاختراعات لا تمنح عنها براءات لأسباب تتعلق بالآداب او النظام العام او الصحة العامة . وهذا تمش مع الاتجاه التشريعى العام (القانون السويسرى م ٢ — والقانون الفرنسى م ٢ — والقانون الفنلندى م ١٤ أ) . فلا تمنح براءات عن الاختراعات التى ينشأ عن استغلالها اخلال بالآداب أو بالنظام العام ، ولا عن الاختراعات التى تتعلق بالأغذية أو بالعقاقير الطبية او بالمركبات الصيدلية ، لما فى احتكار انتاج هذه المواد من اضرار بالصحة العامة . ومع ذلك فالمنع الخاص بهذه الاختراعات الكيمائية المنصوص عليها فى المادة ٢ (فقرة ب) لا ينصرف الا الى المنتجات ذاتها ، لا الى طريقة صنعها . وفى الأخذ بنظام منح البراءة عن طريقة صنع المواد الكيمائية ، لا عن المنتجات الكيمائية ذاتها ، تشجيع للصناعات الكيمائية ، مؤد لازدهارها ، وهذه هى الطريقة التى اتبعها المشرع الالمانى . وفى كل ذلك توفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمخترع . كذلك لا تعطى براءة الاختراع عن الخطط والوسائل الخاصة بالشؤون المالية وشؤون الائتمان » .

وفقا للأوضـــاع والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية . ولا يجوز أن يتضمن طلب البراءة أكثر من اختراع واحد » (١) • ويرفق بطلب البراءة وصف تفصيلي للاختراع وطريقة استغلاله . ويجب أن يشتمل الوصف بطريقة واضـحة على العناصر الجديدة التى يطلب صـاحب الشأن حمايتها ، ويرفق بالطلب رسم للاختراع عند الاقتضاء ، وذلك كله بالكيفية التى تحددها اللائحة التنفيـذية (م ١٦ قانـون براءات الاختراع) (٢) •

وتفحص ادارة براءات الاختـراع طلب البراءة للتحقق من أن الطلب مقدم من المخترع أو ممن آلت اليه حقوقه ، ومن أن الوصـف والرسم يصوران الاختراع بكيفية تسمح لأرباب الصناعة بتنفيذه ، ومن أن العناصر المبتكرة التى يطلب صـاحب الشأن حمايتها واردة فى الطلب بطريقة محددة واضحة (م ١٨) (٣) •

---

(١) وتنص المـادة ٥ من قانـون براءات الاختـراع على ما يأتى : « للأشخاص الآتى ذكرهم حق طلب براءات الاختراع :
١ — المصريين .
٢ — الأجانب الذين يقيمون فى مصر ، أو الذين لهم فيـها مؤسسات صناعية أو تجـارية .
٣ — الأجانب الذين ينتمون الى بلاد تعامل مصر معاملة المثل ، أو يقيمون بتلك البـلاد ، أو يكون لهم فيها محـل حقيقى .
٤ — الشركات أو الجمعيات أو المؤسسات أو جماعات أرباب الصناعة أو المنتجين أو التجار أو العمال : التى تؤسس فى مصر أو بلاد تعامل مصر معاملة المثل ، متى كانت متمتعة بالشخصية المعنوية .
٥ — المصالح العامة » .

(٢) ويوجد وكلاء متخصصون فى النيابة عن الغير لاتخاذ اجـراءات تسجيل براءات الاختراع يسمون « وكلاء البراءات » . وقد تدخل المشرع لتنظيم هذه المهنة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٥١ الخاص بمزاولة مهنة وكلاء البراءات .

(٣) وتنص المادة ٢٥ من قانون براءات الاختراع على أنه « اذا ظهـر لادارة براءات الاختراع أن الاختراع خاص بشؤون الدفاع ، أو أن له قيمة عسكرية ، فعليها أن تطلع وزارة الحربية والبحرية فورا على طلب البراءة والوثائق الملحقة به . ولوزير الحربية والبحرية أن يعارض فى اعلان طلب =

وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأنه وفقا لأحكام القانون رقم ١٣٢ لسـنة ١٩٤٩ ولائحته التنفيذية ، تقتصر سـلطة ادارة براءات الاختراع على التحقق من الشروط الواردة فى المـادتين ١٥ و ١٦ من القانون ولا تتعدى هذا النطاق فلا تمتد الى بحث توافر أو عدم توافر الشروط الموضوعية اللازمة لصحة البراءة ويبقى بحث هذه الشروط من اختصاص القضاء الادارى عند المنازعة فى صحة البراءة (١) .

فاذا ما تحققت الادارة من كل ذلك ، قامت بالاعلان عن الطلب ، وعندئذ يجوز لكل ذى شأن أن يقدم للادارة اخطارا كتابيا بمعارضـته فى اصدار البراءة ويشتمل الاخطار على أسباب المعارضـة (م ٢٠ — ٢١) . وتفصل فى المعارضـة لجنة ادارية من ثلاثة أعضـاء ، ولها أن تستعين برأى ذوى الخبرة ، والقرار الصادر منها بقبول المعارضـة أو برفضها يجوز الطعن فيه أمام القضاء الادارى بمجلس الدولة (م ٢٢ — ٢٣) . فاذا ما بت نهائيا فى منح البراءة لطالبها ، منحت له بقرار من الوزير المختص . ويعد بالوزارة المختصة سجل يسمى « سجل براءات

= البراءة اذا رأى فيه مساسا بشؤون الدفاع ، ولـه وللسبب نفسه أن يعارض فى نشر او اعلان القرار الصادر بمنح البراءة لصاحب الاختراع ، وذلك فى ظرف شهر من تاريخ تقديم الطلب او من تاريخ صدور القرار . ولوزير الحربية والبحرية فى ظرف ثلاثة اشهر من تاريخ تقديم طلب البراءة المعارضة فى منح البراءة للطالب مقابل شراء الاختراع منه ، او الاتفاق معه عـلى استغلاله » .

وتنص المادة ٣٣ من نفس القـانون على انه « يجوز بقرار من وزير التجارة والصناعة نزع ملكية الاختراعات لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة او بالدفاع الوطنى . ويصبح أن يكون ذلك شاملا جميع الحقوق المترتبة على البراءة او على الطلب المقدم عنها ، كما يصح ان يكون مقصورا على حق استغلال الاختراع لحاجات الدولة . وفى هذه الأحوال يكون لصاحب البراءة الحق فى تعويض عادل . ويكون تقدير التعويض بمعرفة اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٢٢ . ويكون التظلم من قرارها أمام محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة ، وفى ظـرف ثلاثين يوما من تاريخ اعـلان قرار اللجنـة للمتظلم » .

(١) ادارية عليا فى ١٤ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة المبادىء القانونيـة التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى خمسة عشر سنة جزء رقم ٢ صفحة ٦٤٥ .

الاختراع » (١) ، تقيد فيه البراءات وجميع البيانات المتعلقة بها (٢) .

---

(١) وهذا السجل يجوز للجمهور الاطلاع على البيانات المقيدة فيه واخذ صور منها ، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون براءات الاختراع على ان « لكل شخص ان يحصل على صور من طلبات البراءات والمستندات الخاصة بها ، وعلى مستخرجات من سجل براءات الاختراع ، وله كذلك ان يطلع على الطلبات والمستندات والسجل ، وذلك بالكيفية المبينة بالائحة التنفيذية » .

(٢) ولم يأخذ النظام المصرى طريقة الفحص السابق التى اخذ بها النظام الانجليزى ، وتقول المذكرة الايضاحية لقانون براءات الاختراع فى هذا الصدد : « وهناك نظامان رئيسيان فيما يتعلق ببراءات الاختراع : احدهما النظام الفرنسى وهو يقوم على حرية منح البراءة بمجرد الايداع دون فحص او معارضة ، والثانى النظام الانجليزى وهو يقوم على منح البراءة بعد الفحص الدقيق للتحقق من توافر العناصر الموضوعية التى يستلزمها القانون فى الاختراع مع فتح باب المعارضة . وبين هذين النظامين نظم وسطى تتدرج من النظام الفرنسى الى النظام الانجليزى ، منها التشريع السويسرى والبولونى اللذان اخذا بنظام الابداع بشروط خاصة ، والتشريع المجرى . والتشريع اليرغوسلافى اللذان زادا على التشريعين المشار اليهما فتح باب المعارضة للغير قبل منح براءة الاختراع ، وتشريع كندا وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية وقد اخذا بنظام الفحص للتحقق من توافر عنصر الجدة مع عدم جواز المعارضة وهما يقتربان من النظام الانجليزى ، واخيرا التشريع الألمانى الذى ساير النظام الانجليزى فى الاخذ بنظام الفحص للتحقق من توافر عنصر الجدة مع فتح باب المعارضة للغير قبل اصدار البراءة . وفى الأخذ بالنظام الفرنسى عيب جوهرى ، اذ انه يمنح براءات الاختراع بمجرد الايداع ، مما يؤدى الى منح براءات عن اشياء لاتعتبر اختراعا بالمعنى الذى يستأهل من المشروع الحماية القانونية . ولا وجود لهذا العيب فى النظام الانجليزى ، اذ هو يقتضى لمنح البراءات فحصا سابقا وتحقيقا دقيقا تقوم عليهما اداة حكومية تتوافر لديها الوسائل الفنية اللازمة ولها تقاليدها وخبرتها فى مختلف العلوم والفنون ، لذلك اخذ الفكر التشريعى فى البلاد المختلفة يعدل عن نظام الايداع البسيط ، وينزع نحو الاخذ بنظام الفحص السابق ، واذا كان من غير الملائم ان تأخذ مصر فى ابان نهضتها الصناعية بالنظام الفرنسى الذى بدأت الدول تعدل عنه ، كما انه ليس من الميسور عملا أن تبدأ بالأخذ بالنظام الانجليزى (وها هى ايطاليا بعد ان عدلت نظامها فى سنة ١٩٣٤ من الايداع الى الفحص السابق لم تتمكن من تطبيق النظام الأخير جملة ، واضطرت الى تأجيل تنفيذه)، اذا كان ذلك كذلك فقد رؤى اتباع طريق وسط : لهذا آثر المشروع أن يحتذى المشرع السويسرى فى الاخذ بطريقة الايداع المقيد بشروط خاصة ، ولكنه زاد عليها فتح باب المعارضة للغير كما هو الشأن فى توانين المجر ويوغوسلافيا وجنوب افريقية وبذلك يمكن تحقيق بعض نتائج نظام الفحص الكامل ، وقد توخى المشروع أن يكون بالأداة الحكومية القائمة على التنفيذ لجنة تفصل فى المنازعات المتعلقة ببراءة الاختراع ، مع اجازة الطعن احيانا فى قراراتها امام =

وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة الأولى والمواد ٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ من القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ بشأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، يدل على أن المشرع تطلب شروطا خاصة لمنح براءة الاختراع عن الابتكارات الجديدة وأجاز المعارضة من ذوى الشأن فى اصدار البراءة أمام لجنة ادارية خاصة تكون قراراتها قابلة للطعن فيها أمام محكمة القضاء الادارى ، مما مؤداه انه متى صدر قرار من وزير التجارة بمنح البراءة لصاحب الحق فيها بعد استيفاء كافة الاجراءات والأوضاع المقررة فى القانون ، كان لهذا القرار حجية أمام الكافة ويظل الاختراع الممنوح عنه البراءة موضع حماية القانون واحترام الكافة طوال مدة بقاء البراءة ما لم يصدر قرار من ادارة البراءات بالغاء البراءة أو بنزع ملكية الاختراع للمنفعة العامة أو ما لم يصدر حكم نهائى من محكمة القضاء الادارى بابطال البراءة (١) .

٢٧٧ — واجبات صاحب براءة الاختراع :

على صاحب براءة الاختراع ، متى قيدت البراءة فى السجل الخاص بذلك ، أن يدفع رسوما قدرها القانون . وعليه أيضا أن يستغل الاختراع فى مصر فى خلال مدة معينة من تاريخ منح البراءة . والا جاز لادارة البراءات أن تكل استغلال الاختراع لشخص آخر بشروط معينة .

أما عن الرسوم الواجب على صاحب البراءة دفعها ، فقد نصت المادة ١٣ من قانون براءات الاختراع فى هذا الخصوص على أن « يدفع عند تقديم طلب البراءة أو طلب التجديد رسم قدره خمسة جنيهات ويدفع رسم سنوى ابتداء من السنة الثانية لغاية انتهاء مدة البراءة،

= القضاء . والنظام المقترح يؤدى الى تدريب الاداة الحكومية الجديدة وتكوين نواة من الفنيين تمكن فى المستقبل من الأخذ بالنظام الانجليزى المعتبر فى المجال الدولى نظاما نموذجيا » .

(١) نقض مدنى فى ٢١ فبراير سنة ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ١١٥ صفحة ٥٢٣ .

ويكون هذا الرسم مائة قرش عن السنة الثانية ، ويزداد سنويا باضافة خمسين قرشا على رسم السنة السابقة . ولا ترد هذه الرسوم بحال » .

أما عن وجوب استغلال الاختراع فى مصر خلال مدة معينة ، فقد نصت المادة ٣٠ من قانون براءات الاختراع على أنه « اذا لم يستغل الاختراع فى مصر خلال ثلاث سنين من تاريخ منح البراءة . أو عجز صاحبه عن استغلاله استغلالا وافيا بحاجة البلاد ، وكذلك اذا أوقف استغلال الاختراع مدة سنتين متتاليتين على الاقل . جاز لادارة البراءات أن تمنح رخصة اجبارية باستغلال الاختراع لأى شخص رفض صاحب البراءة التنازل له عن حق الاستغلال أو علق تنازله على شروط مالية باهظة . ويشترط لمنح الرخصة الاجبارية أن يكون طالبها قادرا على استغلال الاختراع بصفة جدية ، ويكون لصاحب البراءة الحق فى تعويض مناسب . وعلى ادارة البراءات أن تعلن صاحب البراءة بصورة من الطلب المذكور ، وعليه أن يقدم لها فى الميعاد الذى تحدده اللائحة التنفيذية ردا كتابيا على هذا الطلب . واذا لم يصل الرد فى الميعاد المحدد ، أصدرت الادارة قرارا بقبول الطلب أو رفضه ، ولها أن تعلق القبول على ما تراه من الشروط . وقرار الادارة قابل للطعن أمام محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة ، فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ اخطار صاحب الشأن به » (١) . ونصت المادة ٣١ من نفس القانون على أنه « اذا رأت ادارة براءات الاختراع ، برغم فوات المواعيد المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة ، أن عدم استغلال الاختراع يرجع الى أسباب خارجية عن ارادة صاحب البراءة ، جاز لها أن تمنحه مهلة لاتتجاوز سنتين لاستغلال الاختراع على الوجه الاكمل » .

---

(١) وتنص المادة ٣٦ من قانون براءات الاختراع على انه « اذا لم يستغل الاختراع فى مصر فى السنتين التاليتين لمنح رخصة اجبارية ، جاز لكل ذى شأن أن يطلب الى ادارة براءات الاختراع الغاء البراءة الممنوحة عنه » .

٢٧٨ — حقوق صاحب براءة الاختراع :

تخول البراءة مالكها ، دون غيره (1) ، الحق فى استغلال الاختراع بجميع الطرق (م ١٠) • ويجوز لطالب البراءة أن يقوم باستغلال اختراعه من استغلال اختراعه من تاريخ تقديم الطلب (م ١٧) • ويكون له الحق ، من ذلك التاريخ ، فى استغلال اختراعه مدة خمس عشرة سنة ، وله أن يطلب بعد ذلك تجديدها مرة واحدة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، بشرط أن يطلب التجديد فى السنة الاخيرة وأن يثبت أن للاختراع أهمية خاصة ، وأنه لم يجن منه ثمرة تتناسب مع جهوده ونفقاته . أما البراءات التى تمنح عن الاختراعات الكيمائية المتعلقه بالأغذية أو العقاقير الطبية أو المركبات الصيدلية ، فتكون مدتها عشر سنوات غير قابلة للتجديد •

ولصاحب البراءة ، فى المدة التى تبقى فيها البراءة نافذة ، أن يتصرف فيها بعوض وبغير عوض ، وأن يرهنها ، ويجوز الحجز عليها من دائنيه وتنتقل منه الى خلفه بالميراث وبالوصية •

وتنقضى حقوق صاحب براءة الاختراع بانقضاء مدة الحماية ، وبتنازل صاحب البراءة عنها قبل انقضاء مدة الحماية ، وبصدور حكم

---

(1) وقد نصت المادة ١١ من قانون براءات الاختراع على انه « لايسرى حكم البراءة على من كان يستغل الاختراع صناعيا أو قام بالأعمال اللازمة لاستغلاله بحسن نية قبل تقديم طلب البراءة ، فيكون له حق استغلال الاختراع لحاجات منشأته ، دون ان ينتقل هذا الحق مستقلا عن المنشأة ذاتها » . وفى هذا النص حماية كافية لحائز الاختراع بحسن نية ، دون أن يكون هو المخترع الذى يمنح البراءة . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون براءات الاختراع فى هذا الصدد : « ويترتب على منح البراءة الاعتراف للمالك دون غيره بحق استغلال الاختراع ، مع رعاية حق مستغل الاختراع او من قام بالأعمال اللازمة للاستغلال بحسن نية فى مصر ، اذ له حق حيازة شخصى ولايجوز التمسك بالبراءة ضدها ، ولما كان هذا الحق الشخصى استثناء لايجوز التوسع فيه ، فقد وجب قصره على استعمال الاختراع لحاجة منشأة صاحب حق الحيازة الشخصى ، ولم يجز له نقله الى الغير الا مع المنشأة ، وذلك وفقا لما هو مقرر فى القانون السويسرى (م ٨) » .

ببطلان البراءة (١) . وبعدم دفع الرسوم المستحقة فى مدة ستة شـــهور من تاريخ استحقاقها .

٢ — طرق حماية براءة الاختراع

٢٧٩ — الاجراءات التحفظية :

تنص المادة ٤٩ من قانون براءات الاختراع على أنه « يجوز لصاحب براءة الاختراع أو الرسم أو النموذج ، أثناء نظر الدعوى الادارية أو الجنائية ، أن يستصدر من محكمة القضاء الادارى أمرا باتخاذ الاجراءات التحفظية ، وخاصة بحجز المنتجات أو البضائع المقلدة والآلات والأدوات التى استخدمت أو قد تستخدم فى ارتكاب الجريمة ، والبضائع المستوردة من الخارج اثر ورودها . ويجوز لصاحب براءة الاختراع أو الرســـم أو النموذج أن يستصدر الامر باتخاذ ما تقدم من الاجراءات قبـــل رفع أية دعوى مدنية أو جنائية ، وانما يجب عليه فى هذه الحالة أن يقوم برفع دعواه الادارية أو المباشرة أو بتقديم شكواه للنيابة فى ظرف ثمانية أيام عدا أيام مواعية المسافة من تاريخ تنفيذ الأمر ، والا بطلت هـــذه الاجراءات من تلقاء نفسها . ويرفع صاحب الشأن طلبه باتخاذ هـــذه الاجراءات بعريضة مشفوعة بشهادة رسمية دالة على تسجيل الاختراع أو الرسم أو النموذج الصناعى ويجوز عند الاقتضاء أن يشمل الأمـــر الصادر باتخاذ هذه الاجراءات ندب خبير أو أكثر لمعـــاونة المحضر فى تنفيـــذه » .

---

(١) تنص المادة ٣٥ من قانون براءات الاختراع على ان « لادارة براءات الاختراع ولكل ذى شأن ان يطلب الى محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة الحكم بابطال البراءات التى تكون قد منحت مخالفة لأحكام المادتين ٢و٣ من هذا القانون ، وتقوم الادارة المذكورة بالغاء هذه البراءات متى تقـــدم لهـــا حكم بذلك حائز لقوة الشىء المقضى . ويجوز للمحكمة ان تحـــكم بناء على طلب ادارة براءات الاختراع او بناء على طلب ذى الشأن ، باضافة اى بيان للسجل قد اغفل تدوينه به ، او بتعديل اى بيان وارد فيه غير مطابق للحقيقة ، او بحذف اى بيان دون به بغير وجه حق » .

وقد قضت المحكمة الادارية العليا بان دعوى ابطال براءة الاختراع ليست فى حقيقتها طعنا على القرار الصادر بمنحها بل تنصب على احتكار الاستغلال الذى يخوله القانون لصاحبها وتنطوى على منازعة فى وجود الاختراع أو ملكيته تدور بين الشخص الذى منح البراءة وبين ذى الشأن الذى ينازع فى حقوقه على الاختراع أو ينكر وجوده ، ومن ثم فانها لا تتقيد بميعاد الطعن بالالغاء المنصوص عليه فى قانون مجلس الدولة وتعتبر من قبيل الدعاوى التى ادخلها المشرع فى اختصاص محكمة القضاء الادارى والتى لاتتقيد بالميعاد المتقدم (١) .

كما قضت محكمة القضاء الادارى بأنه يستفاد من نصوص القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية المعدل بالقانون رقم ٦٥٠ لسنة ١٩٥٥ وما ورد بالمذكرتين الايضاحيتين لهما : ان المشرع فى شأن الرسوم والنماذج الصناعية قد وضع احكاما خاصه لكل من الدعوى الاداريه أو المباشرة والدعوى الجنائية وللاجراءات التحفظية المؤقتة التى يتخذ فى حالة الاستعجال فخول فى هذه الحالة الاخيرة لرئيس محكمة القضاء الادارى ولاية اصدار أمر على عريضة باتخاذ اجراءات الحجز التحفظى وجعل المناط لصحة هذه الاجراءات هو ايداع طلب على عريضة مشفوعة بشهادة رسمية داله على تسجيل الاختراع أو الرسوم أو النموذج الصناعى وأن يكون الطالب قد أقام دعوة الادارية أو الجنائية أو أن يقوم برفع دعواه الادارية أو المباشرة أو بتقديم شكواه للنيابة فى ظرف ثمانية أيام من تاريخ تنفيذ الامر على الا يوقع الحجز الا بعد أن يقدم الطالب كفالة تكفى لتعويض المدعى عليه اذا ثبت أنه غير محق فى دعواه (٢) .

---

(١) ادارية عليا فى ١٤ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا خلال خمسة عشر السنة رقم ٣ صفحة ٦٤٥ .

(٢) حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣٠ مايو سنة ١٩٦٧ فى الدعوى رقم ٢ لسنة ٣ قضائية ، مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها تلك المحكمة فى ثلاث سنوات من سنة ١٩٦٦ الى ١٩٦٩ رقم ١٠٠ صفحة ١٦٦ .

٢٨٠ — الجزاء المدنى :

ويحكم على من تعدى على حقوق صاحب البراءة بالتعويض ، كما يحكم بمصادرة الأشياء المحجوزة أو التى تحجز فيما بعد لاستنزال ثمنها من الغرامات أو التعويضات ، أو للتصرف فيها بأية طريقه يراها القضاء الادارى أو المحكمة الجنائية مناسبه • كما ان للمحكمه ان تأمر باتلاف هذه الأشياء عند الاقتضاء ، ولها ان تحكم بكل ما سبق حتى فى حالة الحكم بالبراءة لعدم توافر ركن القصد الجنائى • ويجوز للمحكمه ايضا ان تامر بنشر الحكم فى جريدة واحدة او اكثر على نفقته المحكوم عليه •

٢٨١ — الجزاء الجنائى :

تنص المادة ٤٨ من قانون براءات الاختراع على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على ثلثمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين : ١ — كل من قلد موضـــوع اختراع منحت عنه براءة وفقا لهذا القانون • ٢ — كل من قلد موضوع رسم أو نموذج صناعى تم تسجيله وفقا لهذا القانون • ٣ — كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو استورد من الخارج أو حاز بقصد الاتجار ، منتجات مقلدة أو مواد عليها رسم او نموذج صناعى مقلد مـــع علمه بذلك . متى كان الاختراع أو الرسم أو النموذج مسجلا فى مصر • ٤ — كل من وضع بغير حق ، على المنتجات أو الاعلانات أو العلامات التجارية أو أدوات التعبئة أو غير ذلك ، بيانات تؤدى الى الاعتقاد بحصوله على براءة اختراع أو بتسجيله رسما أو نموذجا صناعيا » •

وتنص المـــادة ٥١ من نفس القـــانون عـــلى أن « تعتبر الجـــرائم المنصوص عليها فى هذا القانون هى والجرائم المنصوص عليها فى القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، وفى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الخاص بقمع الغش والتدليس ، جرائم متماثلة فى العـــود » •

المبحث الثـانى

الرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية (*)

المطلب الأول

الرسوم والنماذج الصناعية

٢٨٢ — ماهى الرسوم والنماذج الصناعية :

يعتبر رسما أو نموذجا صناعيا كل ترتيب للخطوط ، أو كل شـــكل جسم بألوان أو بغير ألوان ، لاستخراجه فى الانتاج الصناعى بوسيلة آلية أو يدوية أو كيمائية .

فالنموذج هو شكل مجسم أعد لاحتذائه عند الانتـاج ، فتـأتى المنتجات مطابقة للنموذج . مثل ذلك نماذج الملابس والأحذية والقبعات والمعاطف وهياكل السيارات والأوعية والزخارف وما الى ذلك .

والرسم الصناعى مثله الرسوم والنقوش الخاصة بالمنســوجات والسجاجيد والجد والورق الخاص بتغطية الجدران وأشغال الابرة . وعلى المجوهرات وأوعية مواد الزينة وعلب الحلوى وما الى ذلــك . والرسم الصناعى يطبق على السلعة عند انتاجها صناعيا ؛ فينقل الرسم على كل وحدة من الانتاج بطريقة آلية أو يدوية أو كيمائية .

وكل من النموذج والرسم الصناعى ينطوى على قدر من الابتكار ؛ ومن ثم يحميه القانون كما يحمى حق المخترع وحق المؤلف فيما قدمناه .

(*) مراجع :
Pouillet العـلامات التجـارية والمنافســة غـير المشروعة الطبعة السادسة سنة ١٩١١ — Roubier فى النظـرية العامــة فى دعوى المنافسة غير المشروعة (مجلة القانون التجارى سنة ١٩٤٨ ص ٥٤١ — ص ٥٩١) .

فصاحب الرسم أو النموذج له الحق فى حماية رسمه أو نمـــوذجه من التقليد ، ويجب ان يقوم الوصول الى ذلك باجراءات خاصة لقيد الرسم أو النموذج فى سجل الرسوم والنماذج الصناعية .

٢٨٣ — اجراءات قيد الرسم أو النموذج فى سجل الرسوم والنماذج الصـــناعية :

يوجد بوزارة التجارة سجل خاص ، عـلى نمـط سـجل براءات الاختراع ، يسمى بسجل الرسوم والنماذج الصناعية . ويقـــدم طلب تسجيل الرسم أو النموذج الى ادارة الرسوم والنماذج الصـــناعية ، بالأوضاع والشروط المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية لقانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية . ويجوز أن يشتمل الطلب على عدد من الرسوم أو النماذج لا يتجـاوز الخمسين ، بشرط أن تكون فى مجموعها وحدة متجانسة . ومتى اســـتوفى طلب التســـجيل الشروط والأوضاع المقررة قانونا ، وجب تسجيل الرسوم والنماذج المقدمة .

ويجوز لطالب التسجيل التظلم من قرار ادارة الرسوم والنماذج الصناعية برفض التسجيل أمام نفس اللجنة الادارية التى يرفع لها التظلم فى خصوص براءات الاختراع ، ويجوز الطعن فى قرارات هذه اللجنة أمام القضاء الادارى ، وهذا وذلك فى ظرف ثلاثين يوما من تاريخ اعـــلان الطالب بقرار الادارة أو اللجنة الادرية (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة القضاء الادارى بانه اذا كان قد استبان للمحكمة انه بمقارنة نموذجى الزجاجتين موضوع الدعوى تبين ان بينهما أوجه خلاف ظاهرة ، ومن ذلك ان زجاجة الشركة المدعية تتميز بخطـوط دائرية افقية يتخللها فراغ مكتوب عليه الأسم التجارى للسلعة « سترو » باللغة العربية من جانب واللغة الانجليزية من جانب آخر ، فى حين ان هذه الخطوط فى زجاجة المدعى عليه الأول مائلة وليست افقية ويتطعها فى الجزء العلوى من الزجاجة رسم دائرى بداخله علامة صليب بارزة كما يتخللها فراغ مكتوب عليه الاسم التجارى للسلعة ، وهو (بلوكروس) باللغتين العربية والانجليزية على جانب واحد فقط ، كذلك اللون فى النموذجين يختلف فان لون الزجاجة الاولى أخضر فاتح فى حين تتميز الزجاجة الثانية بلون اخضر غامق ، هذا بالاضافة الى ان =

وقد قضت محكمة النقض بأنه يتضح من استقراء نصوص المواد ٣٩ و ٤٠ و ٤١ و ٤٦ من القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ والمادة ٦٣ من لائحته التنفيذية ومأورد بالمذكرة الايضاحية أن المشرع قد أخذ بالنسبة للرسوم والنماذج الصناعية بنظام الايداع المطلق غير المقترن بفحص سابق ، ولم يجعل للادارة سلطة رفض الطلب الا لعدم استيفاء الاوضاع الشكلية التى اشترطها القانون ، أو اذا كان الرسم أو النموذج مخالفا للنظام العام أو الاداب ، أما فى غير ذلك من الأحوال فانه يتعين على الادارة اجراء التسجيل على مسئولية الطالب ، ولو كان الرسم أو النموذج شائعا أو متداولا فى الأسواق ، فاذا امتنعت الادارة عن اجراء التسجيل، كان للطالب أن يتظلم من ذلك الى اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٣٦ من القانون ، ثم يرفع دعواه امام محكمة القضاء الادارى يطلب الغاء امتناع الادارة عن اجراء التسجيل ، وبعبارة أخرى يتم التسجيل دون أى فحص سابق من الوجهة الفنية أو الموضوعية ، ودون أن يقدم طالب التسجيل الدليل على ملكيته للرسم أو النموذج وتلتزم الادارة باجرائه. فهو فى حقيقه الأمر يتم بناء على مشيئة الطالب وتحت مسئوليته . وتأسيسا على ذلك لاتكون لشهادة التسجيل من قيمة إلا انها قرينة على الملكية ، وهذه القرينة ليست قاطعة ، وانما يجوز لكل صاحب شأن أن يقيم الدليل على عكسها (١) .

٢٨٤ — واجبات وحقوق صاحب الرسم أو النموذج :

يدفع الطالب عند تقديم طلب تسجيل الرسم أو النموذج ، وكذلك

= حجم كل واحدة يختلف عن حجم الاخرى ، فان هذا كله قاطع فى انه لايمكن ان يقع لبس او خلط فى النموذجين عند المستهلكين كما انه يقطع فى ان نموذج الزجاجة المملوكة للمدعى عليه الاول يتوافر فيها عنصر الجدة والابتكار ويستأهل الحماية القانونية ومن ثم لا يكون المدعى محقا فى المطالبة بشطب تسجيله لان هذا التسجيل هو الوسيلة الوحيدة التى تكفل للنموذج الحماية القانونية (قضاء ادارى فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى السنة ١٥ صفحة ٤٣) .

(١) قضاء ادارى فى ٣١ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة المبادىء التى قررتها محكمة القضاء الادارى السنة ١٠ صفحة ١٨١ .

عند تقديم طلب التجديد ، رسما قدره مائتان وخمسون قرشا •

ويمجرد تسجيل الرسم أو النموذج تعطى ادارة الرسوم والنماذج للطالب شهادة يبين فيها عدد الرسوم والنماذج التى يشتمل عليها الطلب والمنتجات الصناعية المخصصة لها ، واسم المالك ولقبه وجنسيته ومحل اقامته • وتبدأ آثار التسجيل من تاريخ تقديم الطلب اذا كان مستوفيا للاشتراطات القانونية ، ولكل شخص أن يطلب مستخرجا أو صورا من السجل •

وتسجل الرسم أو النموذج يجعل لصاحبه وحده حق استعماله فى منتجاته ، ولا يجوز لأحد غيره دون اذنه أن يستعمل الرسم أو النموذج • ومدة الحماية على هذا النحو خمس سنوات ، تبدأ من تاريخ طلب التسجيل (١) • ويمكن أن تستمر الحماية مدتين جديدتين على التوالى، اذا قدم مالك الرسم أو النموذج طلبا بالتحديد فى خلال السنة الأخيرة من كل مرة ، وذلك بالكيفية التى تبينها اللائحة التنفيذية • وتقوم ادارة الرسوم والنماذج الصناعية فى خلال الشهر الثانى لانتهاء مدة الحماية باخطار المالك كتابة بانتهاء المدة ، فاذا انقضت الثلاثة الأشهر التالية لتاريخ انتهاء مدة الحماية دون أن يقدم المالك طلب التجديد ، قامت الادارة من تلقاء نفسها بشطب التسجيل •

ولصاحب الرسم أو النموذج أن يتصرف فيه وأن ينقل ملكيته للغير ،

---

(١) وقد قضت محكمة القضاء الادارى بأنه يبين من نصوص المواد ٣٩ ، ٤٤ ، ٤٦ من القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ أنه متى تم تسجيل الرسم أو النموذج وفقا للقانون ترتب لصاحبه حماية لمدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ طلب التسجيل ويمكن تجديدها على النحو المبين بالقانون فيكون لصاحب التسجيل الحق فى انتاج السلع وفقا للمرسم أو النموذج الذى سجله دون أن ينازعه الغير فى ذلك ويستمر حقه هذا طول مدة الحماية القانونية ما دام تسجيله قائما ما لم تقم ادارة الرسوم والنماذج الصناعية بشطب التسجيل وفقا للمادة ٤٦ من القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ (قضاء ادارى فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى السنة ٨ صفحة ٦٨) •

ولا يكون نقل الملكية حجة على الغير الا بعد التأشير به فى السجل ونشره بالكيفية التى تقررها اللائحة التنفيذية .

وقد يقضى بشطب التسجيل بناء على طلب كل ذى شأن اذا كان قد أجرى باسم شخص غير المالك الحقيقى الرسم أو النموذج ، فمتى تقدم حكم نهائى من القضاء الادارى قاض بهذا الشطب تقوم ادارة الرسوم والنماذج الصناعية بشطب التسجيل الخاص باسم غير المالك الحقيقى للرسم أو النموذج . وتقوم الادارة بهذا الشطب من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب ذوى الشأن (١) .

وقد قضت محكمة القضاء الادارى بأنه متى كان الثابت أن النماذج التى سجلتها الشركة ما هى الا نماذج متداولة فى السوق الايطالية ، وأن الشركتين المدعية والمدعى عليها قد صنعتا قوالب بحكم تطابق القوالب ومصدرها ، ومن ثم فان هذه النماذج تكون قد خلت من الابتكار والجدة التى تميزها عما يشابهها فما هو معروض فى الاسواق ، ولاتصلح لأن تكون محل حق أو ملكية خاصة تستأهل التسجيل وبالتالى حماية القانون، فيكون طلب شطب هذا التسجيل فى محله (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة القضاء الادارى بان دعاوى المنازعة حول ملكية الرسوم والنماذج الصناعية وان كانت تدخل فى اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى بموجب نص خاص فى القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ بشأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية الا انها ليست بطبيعتها من الدعاوى الادارية التى تصطبغ بصبغة القانون العام والتى يجب أن يسود فيها حكم القانون بقطع النظر عن طلبات الخصوم أو اتفاقاتهم نظرا لما تتسم به الحقوق المتنازع فيها من سمة المصلحة العامة التى تأبى بطبيعتها ان تكون محلا لاتفاق أو تصالح . وانما هى فى حقيقتها من دعاوى القانون الخاص التى يدور النزاع فيها حول حقوق ملكية خاصة وتقوم الخصومة فيها بين اشخاص القانون الخاص ولا تختصم الادارة فيها الا ليصدر الحكم فى مواجهتها (قضاء ادارى فى ٢٤ يناير سنة ١٩٦١ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى السنة ١٥ صفحة ١٢١) .

(٢) قضاء ادارى فى ٣١ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة الميادين التى قررتها محكمة القضاء الادارى السنة ١٠ صفحة ١٨١ .

وشطب التسجيل أو تجديده يجب النشر عنه وفق الأوضاع التى تقررها اللائحة التنفيذية .

٢٨٥ — طرق حماية الرسوم والنماذج الصناعية — احالة :

قدمنا عند الكلام فى براءات الاختراع أن طرق حماية هذه البراءات هى نفس طرق حماية الرسوم والنماذج الصناعية . وقد صدر بها جميعا قانون واحد كما قدمنا هو القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ . وقدر رأينا المادة ٤٩ من القانون هذا القانون تقضى بجواز أن يستصدر صاحب الرسم أو النموذج أمرا بأتخاذ اجراءات تحفظية ، منها الحجز على المنتجات والبضائع المقلدة والأدوات التى استخدمت فى التقليد . ورأينا أنه يجب رفع الدعوى الموضوعية فى ظرف ثمانية أيام أمام القضاء الادارى أو فى صورة دعوى مباشرة أمام محكمة الجنح ؛ أو تقديم شكوى للنيابة فى ظرف هذهالمدة .

ورأينا أن هناك جزاء مدنيا هو التعويض ومصادرة الأشياء المحجوزة لاستنزال ثمنها من التعويض والغرامات ؛ وأن هناك جزاء جنائيا نصت عليه المادة ٤٨ من القانون سالف الذكر يقضى بالعقوبة على كل من قلد موضوع رسم أو نموذج صناعى تم تسجيله وعلى كل من ارتكب مخالفات أخرى ذكرها النص .

فنحيل هنا فى كل هذا الى ما قدمناه هناك (١)

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٧٩ — فقرة ٢٨١ .

المطلب الثانى

العلامات والبيانات التجارية

٢٨٦ — ماهى العلامات التجارية :

صدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ (١) — وهو أول قانون صدر لحماية ما يسمى بالملكية الصناعية — لتنظيم العلامات والبيانات التجارية (٢) . والعلامات التجارية (marques de fabrique) هى

---

(١) المعدل بالقوانين رقم ١٤٣ لسنة ١٩٤٩ ورقم ٣٥١ و ٤٥٣ لسنة ١٩٥٣ ورقم ٥٦٩ لسنة ١٩٥٤ ورقم ٢٠٥ لسنة ١٩٥٦ ورقم ٦٩ لسنة ١٩٥٩ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة المرفوعة لمجلس الوزراء عن قانون العلامات والبيانات التجارية، «والعلامة التجارية هى التى يتخذها صاحب المصنع او التاجر شعارا لمنتجاته او بضاعته تمييزا لها عن غيرها من المنتجات والبضائع المماثلة، وتمكينا للمستهلك من تعرف حقيقة مصدرها أينما وجدت . وبذلك يحمى نفسه من أن يغزو منافسوه مناطق التصريف التى اختصت بها منتجاته أو بضائعه بتزوير علامته أو تقليدها ، وقد استخدمت العلامات لتمييز منتجات الصناعة منذ زمن بعيد ، فكان الصانع يوقع باسمه على منتجاته أو يضع عليها شارة خاصة . ثم اتخذت تلك العلامات بعد ذلك اشكال الحيوانات او النباتات او الرسوم الخطية . اما العلامات التى استخدمت فى التجارة فقد ظهرت فى ايطاليا فى القرن الخامس عشر ، حيث كان التاجر يستخدم العلامة بقصد الشهرة ، وفى فرنسا كان استخدام علامات الصناعة الزاميا فى القرون الوسطى حيث كان يسودها نظام الطوائف (les corporations)، فكانت تختم المنتجات بختم الطائفة والا اعدمت ... وبالغاء نظام الطوائف سنة ١٧٨٩ ، اختفى نظام العلامات الالزامية . وقد صدرت فى فرنسا بعد ذلك بعض القوانين المتعلقة بحماية علامات المصنع بالنسبة لصناعات معينة اشتهرت بها بعض المدن الصناعية ، كصناعة الصابون والاسلحة والخردوات . وفى سنة ١٨٥٧ صدر فى فرنسا قانون العلامات ، وهو المعمول به الآن ، خاصا بعلامات الصناعة والتجارة على السواء . وقد أصبح ذلك النظام معمولا به فى اغلب دول العالم ... وقد لعبت العلامات التجارية دورا هاما فى ميدان المنافسة حيث كانت لها من أقوى الدعامات وأقطع الاسلحة ، لانها من أهم الوسائل التى يلجأ اليها التاجر والصانع لتعريف نفسه الى مستهلكى سلعته ، وبها يضمن لنفسه عدم تضليل الجمهور وخديعته فى أمرها ، مما يدفعه الى بذل أقصى جهده فى تحسين منتجاته وتخفيض تكاليف الانتاج الى أقل حد ممكن ليتسنى تفوقها على مثيلاتها جودة ورخصا ، مما يجعل سن نظام لحماية العلامات التجارية فرضا محتوما على الحكومات لضمان التقدم الاقتصادى فى ناحيتى الصناعة والتجارة ... لذلك اصدرت معظم الدول القوانين المتعلقة بحماية العلامات التجارية . ففى المانيا صدر قانون ١٢ مايو سنة ١٨٩٤ و ٢١ مارس سنة =

الأسماء المتخذة شكلا مميزا (الجميل ـ الجمل) ، والكلمــــات (Arrow, Tonny, Boonsoir)، والامضاءات ، والحروف ، والأرقام ، والرسوم ، والرموز ، وعنوانات المحال (Délice, Américaine, Groppi)، والدمغات ، والأختام ، والتصاوير ، والنقوش البارزة ، وأية عـلامة أخرى أو أى مجموع منها يستخدم ،او يراد به أن يستخدم ، اما فى تمييز منتجات عمل صناعى أو استغلال زراعى أو استغلال للغابات أو لمستخرجات الارض (من فحم وحديد وحجر ومعادن) ، أو أية بضاعة،

= ١٩١٢ و ٥ مايو سنة ١٩٢٦ . وفى انجلترا قانون ١١ اغسـطس سنة ١٩٠٥ و ٢٨ اغسطس سنة ١٩٠٧ و ١٨ اغسطس سنة ١٩١١ و ٧ اغسطس سنة ١٩١٤ و ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ و ١٢ ابريل سنة ١٩٣٨ . وفى بلجيكا قانون أول ابريل سنة ١٨٧٩ و ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ و ٣٠ اغسطس سـنة ١٩١٣ . وفى اسبانيا قانون ١١ مايو سنة ١٩٠٢ و ٢٦ يوليه سنة ١٩٢٩ . وفى الولايات المتحدة قانون ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٥ و ٢ مارس سنة ١٩٠٧ و ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ و ٨ يناير سنة ١٩١٣ . وفى ايطاليا قانون ٣٠ اغسطس سنة ١٨٦٨ و ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ و ١٣ سبتمبر سنة ١٩٣٤ . وفى سويسرا قانون ٢٦ سبتمبر سنة ١٨٩٠ و ١٤ ابريل سنة ١٩١٠ و ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ... الا ان عدم استطاعة المحاكم المصرية القضاء بالعقوبات المقررة التى اشرنا اليها لم يعجزها عن منح قسط وافر من الحماية للعلامات التجارية بتطبيق احكام القانون العام والقانون الطبيعى وقواعد العدل والانصاف ، ولم تتوان محكمة الاستئناف المختلطة فى تطبيق القواعد والمبادىء التى تضمنتها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الملكية الصناعية ، وكانت تجيز الحجز على البضائع والمنتجات المقلدة ، كما انها كانت تقضى بالتعويضات المناسبة وبنشر الحكم .. وفضلا عن ذلك فقد اوجدت المحاكم المختلطة نظاما لتسجيل العلامات التجارية باقلام كتابها .. (ثم) رأت محكمة الاستئناف المختلطة فى جمعيتها العمومية المنعقدة فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ أن المصلحة العامة تقضى بتوحيـد التسجيل بحصره فى مكان واحد ... فى قلم كتاب محكمة الاستئناف المختلطة بالاسكندرية ، وقد بدىء بتنفيذ هذا النظام من اول نوفمبر سنة ١٩٢٩ وهـو معمول به لغاية الآن » .

وجاء فى المذكرة التفسيرية لمشروع قانون العلامات والبيانات التجـارية « ففى سنة ١٩١٨ اعدت احدى اللجان الفرنسية للجنة الغاء الامتيـازات الاجنبية مشروع قانون فى هذا الموضوع يعد عملا جليلا ومفخرة لمن اشتركوا فى اعداده وهم : Pupikofer, Houriet, Cator .. وقد وضع مشروع القـانون الحالى على ضوء المشروع الذى اعدته اللجنة المشار اليها ، ناقـلا أهـم احكامه ، مهملا منها ما يجب تركه الى اللائحة التنفيذية او مالا تقتضيه الحالة فى مصر ، ومخالفا له فى بعض النقط » .

أو للدلالة على مصدر المنتجات أو البضائع أو نوعها أو مرتبتها أو ضمانها أو طريقة تحضيرها (١) .

(١) وتنص المادة ٥ من قانون العلامات والبيانات التجارية على ما يأتي : « لا يسجل كعلامة تجارية أو كعنصر منها ما يأتي : (أ) العلامات الخالية من أية صفة مميزة أو المكونة من علامات أو بيانات ليست الا التسمية التي يطلقها العرف على المنتجات او الرسم او الصورة العادية لها . (ب) كل تعبير أو رسم أو علامة مخلة بالآداب أو مخالفة للنظام العام (جـ) الشعارات العامة والأعلام وغيرها من الرموز الخاصة بالدولة أو باحدى البلاد التي تعامل مصر معاملة المثل ، وكذلك أي تقليد للشعارات . (د) العلامات والدمغات الرسمية للبلاد سالفة الذكر الخاصة برقابتها على البضائع او ضمانها ، في حالة ما اذا كانت العلامة التجارية التي تشتمل على تلك العلامات او الدمغات يراد استخدامها في بضائع من نفس الجنس أو من جنس مماثل . (هـ) العلامات المطابقة او المشابهة للرموز ذات الصبغة الدينية المحضة . (و) رموز الصليب الاحمر او الهلال الأحمر وغيرها من الرموز الاخرى المشابهة ، وكذلك العلامات التي تكون تقليدا لها . (ز) الأسماء الجغرافية اذا كان استعمالها من شأنه ان يحدث لبسا أيا كان فيما يتعلق بمصدر المنتجات او أصلها . (ح) صورة الغير أو شعاراته ، مالم يوافق مقدما على استعمالها. (ط) البيانات الخاصة بدرجات الشرف التي لا يثبت طالب التسجيل استحقاقه لها قانونا . (ى) العلامات التي من شأنها أن تضلل الجمهور او التي تتضمن بيانات كاذبة عن مصدر المنتجات أو عن صفاتها الأخرى ، وكذلك العلامات التي تحتوى على بيان اسم تجارى وهمى او مقلد او مزور » .

وتطبيقا لما تقدم ، لا تعد علامة ، لانعدام الصفة المميزة ، صورة فلاح مصري (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠١) . أو صورة رجل يركب حصانا (استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٧٧ ، أو صورة رأس امرأة في صبغة للشعر (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٨) ، أو رسم مثلث (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٥) ، أو كلمة نباتين للسمن الصناعي (استئناف الاسكندرية ٢٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٣ — ٢١٢) . أو الجبن الهولندى ، أو السجاير التوسكانى ، أو البن اليمنى . وتصلح الشارات اذا اتخذت شكلا مميزا (استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٩) ، كأن تكتب بحروف خاصة أو بلون خاص أو في دائرة أو في مربع .

ومن أمثلة العلامات التجارية ، فيما يتعلق بالأسماء ، اسم التاجر او الصانع بشرط أن يتخذ هذا الاسم شكلا مميزا (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص ٧٦٣) ، كأن يكتب في دائرة او مربع او بالخط الكوفى او الفارسى او الديوانى (مثل ذلك فورد والشبراويشى وسنجر وبلسين) . ويجوز استعمال اسم الغير برضائه ، واستعمال الامضاء بشرط أن يتخذ شكلا مميزا ، وقد تتكون العلامة من تسمية مبتكرة ، مثل ذلك =

فالعلامة التجارية اذن تميز المنتجات والبضائع بحيث يكون معروفا فى الأسواق أن البضاعة التى تحمل هذه العلامة هى بضاعة معينة ، فلا تختلط بغيرها من البضائع ، ويستطيع طالب هذه البضاعة بالذات أن يطمئن اذا ما وجد العلامة موضوعة على البضاعة التى يتعامل فيها . وقد حدد القانون فئات المنتجات التى تسجل عنها العلامات ، وأهمها المنتجات الكيماوية والدهانات والمستحضرات الخاصة بتبيض الأقمشة والزيوت والشحوم ومواد الصيدلة والطب البيطرى والمعادن غير المشغولة ونصف المشغولة والآلات والأجهزة العلمية والبحرية الخاصة بمسح الأراضى والسدود والأجهزة التى تستخدم فى الجراحة والطب وأجهزة الانارة والتدفئة وأجهزة النقل البرى والمائى والجوى والأسلحة النارية والمعادن النفيسة والآلات الموسيقية والورق والجلود المدبوغة ومواد البناء والأثاث والأدوات االأوعية المنزلية والغزل والخيوط والمنسوجات والملابس والأحذية والأبسطة واللعب واللحوم والأسماك والطيور والبن والشاى والسكر والأرز والحاصلات الزراعية والبيرة والأنبذة والمشروبات الروحية . وقد نصت المادة ٧ من قانون العلامات على ألا تسجل العلامات الا عن فئة واحدة أو أكثر من هذه الفئات التى تقدم ذكر أهمها .

وقد قضت محكمة القضاء الادارى بأن مفهوم المادة الأولى من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات التجارية ، أن العلامة التجارية انما هى أداة تستخدم لتمييز منتجات أو بضائع أو سلع تمييزا يضفى نوعا من الحماية على هذه المنتجات أو البضائع أو السلع ، فالعلامة قد وجدت اصلا لغرض التمييز الذى يتحقق القصد منه وهو الحماية ، فاذا

= صابون بالموليف وسجاير بلمنت ومشروب كوكاكولا وثلاجة ايديال . ومن أمثلة العلامات التجارية ، فيما يتعلق بالحروف والأرقام ، الحروف الأولى لاسم التاجر ، أو حروف أخرى مثل L.M. لنوع من السجاير ، وسجاير ٣٣٣ ، وصابون ج ١١ . ومن أمثلة العلامات التجارية ، فيما يتعلق بالرسوم والتصاوير والرموز ، سفينة أو اهرام او نجم او اسد او غزال او نسر او صورة بحار . ويجوز للتاجر أن يتخذ صورته كعلامة مثل جيليت ، او صورة احد مشاهير الرجال بشرط رضاء هذا الشخص او رضاء ورثته .

لم يوجد عنصر التمييز فلا يمكن أن يتحقق القصد المراد تحقيقه من العلامة وهى الحماية عن طريق تسجيلها ، ولهذا فان المشرع قد اشترط لتسجيل العلامة أن تكون وافيه التمييز واضحة التشخيص ظاهرة التعريف • فنص فى المادة الخامسة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ على أنه « لايسجل كعلامة تجارية أو كعنصر فيها العلامات الخالية من أى صفةمميزة أو المكونة من علامات أو بيانات ليست الا التسميه التى يطلقها العرف على المنتجات أو الرسم أو الصور العادية لها » • وهذا قاطع فى أنه حرم تسجيل العلامات غير المميزة اصلا للمنتجات المسماة بالاسماء العادية لها التى يطلقها العرف عليها أو التى عبر عنها بالرسوم والصور العادية المألوفة ، اذ أن تسميه الشيء باسمه وان كان مميزا له عن الاجناس الاخرى ، الا أنه لا يميزه داخل جنسه (١) •

كما قضت محكمة النقض أن استخدام علامة لتمييز منتجات معينة لايمنع الغير من استخدام نفس العلامة لتمييز منتجات أخرى مختلفة عنهم اختلافا يمتنع معه الخلط بينهما ، وتقدير قيام التشابه أو الاختلاف بين المنتجات وبعضها هو مما تستقل به محكمة الموضوع (٢) •

وليست العلامة التجارية فى ذاتها تنطوى على ابتكار ، كما ينطوى الاختراع والرسوم والنماذج ، ولكن القانون مع ذلك يحميها لأنها تميز بضاعة تعتبر ذات خصائص مرغوب فيها • فالبضاعة ، لا العلامة التجارية، هى التى تنطوى على الابتكار ، ومن أجل ذلك يحميها القانون عن طريق العلامة التجارية •

وقد قضت محكمة النقض بان الغرض من العلامة التجارية ــ على مايستفاد من المادة الاولى من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ ــ هو أن

---

(١) قضاء ادارى فى ٤ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى السنة ١١ صفحة ٥٣٤ .

(٢) نقض مدنى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٤٠ صفحة ١٥٧٧ .

تكون وسيلة لتمييز المنتجات والسلع ويتحقق هذا الغرض بالمغايرة بين العلامة التى تستخدم فى تمييز سلطة معينة بحيث يرتفع اللبس بينهما ولايقع جمهور المستهلكين فى الخلط والتضليل ومن أجل ذلك وجب لتقرير ما اذا كانت للعلامة ذاتية خاصة متميزة عن غيرها النظر اليها فى مجموعها لا الى كل من العناصر التى تتركب منها ، فالعبرة ليست باحتواء العلامة على حروف أو رموز أو صور مما تحتويه علامة أخرى ، وانما العبرة هى بالصورة العامة التى تنطبع فى الذهن نتيجة لتركيب هذه الحروف أو الرموز أو الصور على بعضها وللشكل الذى تبرز به فى علامة أو اخرى بصرف النظر عن العناصر التى تركبت منها وبما اذا كانت الواحدة منها تشترك فى جزء أو أكثر مما تحتويه الاخرى (١) .

٢٨٧ — أجراءات تسجيل العلامات التجارية :

هناك سجل بوزارة التجارة يسمى سجل العلامات التجارية . ويجوز لصاحب العلامة (٢) أن يتقدم بطلب قيدها فى هذا السجل . ويقدم طلب التسجيل الى ادارة تسجيل العلامات التجارية . ويجوز لهذه الادارة أن تفرض من القيود والتعديلات ما ترى لزومه لتحديد العلامة . والطالب أن يتظلم من قرار الادارة فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ اخطاره به . أمام

---

(١) نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٣٩ صفحة ٢٥٦ .

كما قضت محكمة النقض بأن معيار التشابه الخادع بين علامتين تجاريتين هو مما ينخدع به المستهلك العادي المتوسط الحرص والانتباه (نقض مدنى فى ٢٠ يونية سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم رقم ١٨١ صفحة ١٢١٢) .

(٢) وتنص المادة ٤ من قانون العلامات والبيانات التجارية على مايأتى: « للاشخاص الآتى ذكرهم حق تسجيل علاماتهم : ١ — كل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر مصرى الجنس ٢ — كل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر مقيم بمصر أو له فيها محل حقيقى . ٣ — كل صاحب مصنع أو منتج أو تاجر ينتمى لبلاد تعامل مصر معاملة المثل او يقيم بها أو له فيها محل حقيقى . ٤ — الجمعيات أو جماعات أرباب الصناعة أو المنتجين أو التجار التى تكون مؤسسة فى مصر او فى احدى البلاد المذكورة آنفا ، اذا كان يمكن اعتبارها متمتعة بالأهلية المدنية ٥ — المصالح العامة » .

لجنة ادارية تشكل لهذا الغرض • واذا أيدت اللجنـــة قـرار الادارة برفض تسجيل العلامة لمشابهتها علامة أخرى سبق تسجيلها ، فلا يجـوز للطالب تسجيل علامته الا بناء على حكم قضائي يصدر ضد صـــاحب التسجيل • وعلى الادارة فى حالة قبول تسجيل العلامة الشهر عنها ، ولكل ذى شان أن يقدم للادارة اخطارا كتابيا بمعارضته فى تسجيل العلامة ، وعلى طالب التسجيل الرد ، وتصدر الادارة قرارا بقبول التسجيل أو رفضه . وقرارها فى ذلك قابل للطعن فيه امام المحكمة الابتدائية (لم يكن مجلس الدولة قد أنشىء فى سنة ١٩٣٩) فى ميعاد عشرة ايام من تاريخ اخطار صاحب الشان به • ويعطى لمالك العلامة بمجرد اتمام تسجيلها شـــهادة يبين فيهـا تـاريخ الطلب وتـاريخ التســـجيل والاسم التجارى ولقب مالك العلامة ومحل اقامته وجنسيته ، وصورة مطابقــة للعلامة ، والمنتجات أو البضائع المخصصة لها العلامة ، ويكون للتسجيل أثره من تاريخ تقديم الطلب • ولكل شخص أن يطلب مستخرجات او صورا من السجل (١) •

---

(١) وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لقانون العلامات والبيانات التجارية: « بالرجوع الى القوانين الأجنبية نجد انها تتبع احد النظريات الأربع المبينة فيما يلى : (النظرية الاولى) وقد اتبعها القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٨٥٧ وبمقتضاها يقبل طلب التسجيل بدون فحص سابق ، بمعنى انه لايجوز للموظف الذى يتسلم طلبات التسجيل أن يرفض اجراء التسجيل بحجة أن العـــلامة ليست جديدة أو لاى سبب آخر . (النظرية الثانية) وقد اتبعها قانون الاتحاد السويسرى الصادر فى ٢٦ سبتمبر سنة ١٨٩٠ المعدل بالقانون الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ ، وبمقتضاها تسجل العلامة بدون فحص سابق على مسئولية الطالب ، مع رفض تسجيلها فى حالات نص عليها القانون ، وعلى الأخص عندما تكون العلامة منافية للآداب العامة . اما اذا وجد المكتب أن العلامة ليست جديدة فعليه اخطار الطالب ، وهذا له ان يتمسك بطلبه او أن يسحبه . (النظرية الثالثة) وقد اتبعها القانون الألمانى الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٨٩٤ والمعـــدل فى ٥ مايو سنة ١٩٣٦ ، وبمقتضـــاها يمكن رفض التسجيل ، وعلى الأخص اذا اشتملت العلامة على شعارات او عـــلامات منافية للآداب العامة ، وعندما يجد المكتب أن العلامة المطلوب تســجيلها تطابق تمام المطابقة علامة اخرى سبق تسجيلها فعليه ان يرفض التسجيل . وللطالب في هذه الحالة فقط اثبات أحقيته للعلامة بطريق رفع الدعوى على =

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات التجارية تنص على بطلان تسجيل العلامة وشطبه متى كان شكل العلامة يتكون من عنصر حظر القانون اتخاذه علامة تجارية . وتنص المادة الخامسة من القانون المذكور فى فقرتها (د) على أنه لا يسجل كعلامة تجارية أو كعنصر منها العلامات التى من شأنها تضليل الجمهور أو التى تتضمن بيانات كاذبة عن مصدر المنتجات أو عن صفاتها الأخرى ، وكذلك العلامات التى تحتوى على اسم تجارى وهمى أو مقلد أو مزور . فان مفاد ذلك ان المشرع قد حظر تسجيل العلامات المضللة التى من شأنها تضليل الجمهور على النحو المبين فى النص المذكور بصرف النظر عن مطابقتها او عدم مطابقتها لعلامة أخرى سابقة فى الاستعمال أو التسجيل . واذ كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك بأن العلامة المسجلة المطعون فيها تتضمن الاسم التجارى لمصنعه على نحو يمنع من تسجيلها قانونا وكان كل من الحكم المطعون فيه والحكم الابتدائى لم يرد على هذا الدفاع اكتفاء بنفى التشابه بين العلامتين والقول بأنهما متميزتان عن بعضهما تميزا ظاهرا ، وكان ما أورده الحكم لا ينهض ردا على دفاع الطاعن الجوهرى الذى لو عنى بتمحيصه لجاز ان يتغير وجه الرأى فى الدعوى ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد شابه القصور فى التسبيب فضلا عن مخالفته للقانون (١) .

= صاحب التسجيل الاول . (النظرية الرابعة) وقد اتبعها القانون الانجليزى الصادر فى ٢٣ اغسطس سنة ١٨٨٧ والمعدل فى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٨ ، وبمقتضاها لا يقبل التسجيل الا بعد فحص سابق للعلامة ، يكون متضمنا اشهار طلب التسجيل وفتح باب المعارضة للغير ، وتقدم المعارضات لأمين السجل ، ويجوز التظلم من قراراته امام المحكمة .. وقد رؤى تفادى الصعوبات التى يشتمل عليها التشريع الانجليزى ، كما رؤى عدم الأخذ بالنظام الفرنسى المناقض له ، لما فى تطبيقها من الأضرار بطالب التسجيل وبالغير على السواء .. لم يبق امامنا اذن غير النظريتين الوسطيين ، وقد رأينا ان نختار منهما نظرية القانون الألمانى (م ٨ و ٩ من المشروع) » .

(١) نقض مدنى فى ٢٥ يونية سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد ٢ رقم ٣٢٨ صفحة ٧٥٥ .

كما قضت محكمة القضاء الادارى بأن المادة الأولى من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات التجارية وقد عرفت العلامات التجارية التى يجوز قبولها بأن ذكرت أنه فيما يتعلق بتطبيق القانون تعتبر علامات تجارية الاسماء المتخذة شكلا مميزا والامضاءات والكلمات والحروف والأرقام والرسوم والرموز وعنوانات المحال والدمغات والاختام والتصاوير والنقوش البارزه وايه علامة أخرى أو اى مجموع منها اذا كانت تستخدم اما فى تمييز منتجات عمل صناعى او استغلال زراعى او استغلال للغابات أو لمستخرجات الأرض او أى بضاعة ، واما للدلالة على مصدر المنتجات أو البضائع أو نوعها أو مرتبتها أو طريق تحضيرها كما نصت المادة الخامسة من القانون على ما يأتى : « لا يسجل كعلامة تجارية أو كعنصر فيها العلامات الخالية من أى صبغة مميزة أو المكونة من علامات أو بيانات ليست الا التسمية التى يطلقها العرف التجارى على المنتجات أو الرسم أو الصور العادية لها » . فاذا كانت العلامة التى تقدم المدعى لتسجيلها قد ثبت انها خاليه من العناصر المميزة لها لتكوينها من رسم بسيط شائع الاستعمال بالنسبة لمنتجات الخيوط ، فان القرار بعدم تسجيل هذه العلامة يكون قد صدر مطابقا للقانون (١) .

٢٨٨ — واجبات وحقوق صاحب العلامة التجارية :

يعتبر من قام بتسجيل العلامة التجارية مالكا لها . وله وحده دون سواه أن يستعملها على بضائعه ومنتجاته . وتصبح ملكيته للعلامة غير قابلة للمنازعة فيها ، اذا هو استعملها بعد تسجيلها بصفة مستمرة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل دون أن ترفع عليه بشأنها دعوى حكم بصحتها (٢) . وعلى صاحب العلامة أن يدفع رسما بينته اللائحة

---

(١) قضاء ادارى فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى السنة ١٥ صفحة ٤٥ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لقانون العلامات والبيانات التجارية =

التنفيذية لقانون العلامات والبيانات التجارية ، وعليه أن يستعمل العلامة ، ويجوز للمحكمة بناء على طلب أى ذى شأن أن تامر بشطب

= فى هذا الصدد : «تبعا للنظرية التى أخذ بها القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٨٥٧ يعتبر التسجيل مقررا حق الملكية لا منشئا له . ومن مزايا هذه النظرية ان يكون مالك العلامة الذى يهمل تسجيلها بمأمن من أن يغتصب علامته منافس له بطريق تسجيلها باسمه . الا أن هذه النظرية لا تخلو من المساوىء ؛ فمن جهة تشجع أصحاب العلامات على اهمال تسجيلها لأنه ليس هناك ما يضطرهم الى ذلك التسجيل ... ومن جهة أخرى فان هناك ما هو أشد خطورة مما تقدم وذلك تعذر معرفة من له حق الاسبقية فى حالة حصول تنازع على ملكية علامة قديمة . كل هذه المساوىء لا يكون لها وجود اذا أخذنا بنظرية أن التسجيل منشىء حق الملكية . ولذلك اخذت بعض القوانين الأجنبية . وعلى الأخص القانون الالمانى ، بالنظرية الأخيرة ، على أنها لا تخلو هى أيضا من مساوىء كبيرة . ومع ذلك فليس من المتعذر العمل بالنظريتين معا .. وهذا ما اتبعه القانون الانجليزى حيث نص على عدم جواز الطعن فى التسجيل بعد سبع سنوات .. وهذه النظرية هى التى أخذنا بها ... فبمقتضى المادة الثالثة يعتبر التسجيل قرينة على أسبقية استعمال العلامة . وهذه القرينة يمكن أن تدحض باثبات وجود استعمال سابق على تاريخ التسجيل ، لأن ملكية العلامة تكون لمن سبق ان استخدمها قبل غيره ، فالتسجيل ليس من شأنه ان ينشىء حق الملكية ، انما هو يقرر فقط وجوده ... ومع ذلك فطبقا للفقرة الثانية يصبح التسجيل منشئا لحق الملكية اذا استخدمت العلامة بصفة ظاهرة ومستمرة خمس سنوات من تاريخ التسجيل ، على أن يبقى لمن تكون له الاسبقية فى استخدام ذات العلامة حق وضع اليد عليها ويكون ذلك الحق شخصيا فلا ينتقل منه الى الغير كما لا يجوز التوسع فيه . وينبنى على ذلك ان العلامة لا يمكن أن تنتقل ملكيتها للورثة ولغيرهم ، ولا يمكن أن توضع على منتجات أخرى » .

وقد قضت محكمة النقض بأن التسجيل لا ينشىء الملكية بل يقررها ، وهو لا يصبح منشئا للملكية الا اذا استمرت العلامة بصفة ظاهرة مستمرة خمس سنوات من تاريخه ، على أن يبقى لمن له الأسبقية فى استخدام العلامة حق وضع اليد عليها ولا تجوز معاقبته (نقض جنائى ٣ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١٢٧٤) . وقضت محكمة النقض أيضا بأنه متى كان النزاع قائما بين شخصين لم يكسب أحدهما ملكية العلامة التجارية باستعمالها خمس سنوات على الأقل من وقت تسجيلها ، فان الملكية تتقرر لمن يثبت منهما أسبقيته فى استعمال العلامة ولو كان الآخر قد سبقه الى تسجيلها أو الى تقديم طلب بهذا التسجيل (نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣٤١) . وقضت اخيرا بان التسجيل لا ينشىء بذاته حقا فى ملكية العلامة التجارية ، اذ أن هذا الحق وليد استعمال العلامة ، ولا يقوم التسجيل الا قرينة على هذا الحق =

التسجيل اذا ثبت لديها أن العلامة لم تستعمل بصفة جدية خمس سنوات متتالية . الا اذا قدم مالك العلامة ما يسوغ به عدم استعمالها • واذا شطب تسجيل العلامة ، فلا يجوز أن يعاد تسجيلها لصالح الغير عن نفس المنتجات الا بعد ثلاث سنوات من تاريخ الشطب • ولكل ذى شأن حق طلب الحكم بشطب العلامات التى تكون قد سجلت بدون وجه حق ، وتقوم الادارة بشطب هذه العلامات متى قدم لها حكم بذلك حائز لقوة الشىء المقضى • ويستثنى من ذلك حالة ما اذا كان قد مضى على استعمال العلامة بعد تسجيلها خمس سنوات على الأقل دون منازعة فيهـا ، فقد قدمنا أنه لا يجوز فى هذه الحالة المنازعة فى صحة التسجيل •

وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة الثالثة من قانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ يدل على أن الأصل فى ملكيـة العلامة التجارية أنها تثبت بأسبقية استعمالها ، وان تسجيلها لا يعد وأن يكون قرينة على ذلك يجوز دحضها لمن يثبت أسبقيته فى استعمال تلك العلامة . الا أن المشرع قد خرج على هذا الأصل وأكد ملكية العلامة لمن قام بتسجيلها واستمر فى استعمالها بصفة دائمة مدة خمس سنوات لاحقة على تاريخ تسجيلها دون أن يرفع عليه عليه خلالها دعوى من الغير تتضمن منازعته فى ملكية العلامة قضى فيها بصحة هذه المنازعة • ولا وجه لما تمسكت به الطاعنة من وجوب احتساب مدة الخمس سنوات من تاريخ تقديم طلب تسجيل علامتها الاولى أخذا بمفهوم نص المادة ١٥ من ذات فى احتساب سريان تلك المدة من تاريخ تسجيل العلامات فلا محل للاجتهاد مع وضوح النص (١) •

= يجوز دحضها لمن يدعى اسبقيته فى استعمال العـلامة ، الا أن تكون قد استعملت بصفة مستمرة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل دون أن ترفع بشأنها دعوى حكم بصحتها (نقض مدنى ٩ ابريل سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٥ رقم ٨٦ ص ٥٣٥) •

(١) نقض مدنى فى ٢٣ يونيه سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ رقم ٣٤٠ صفحة ١٨٢٦) •

ومدة الحماية المترتبة على تسجيل العلامة عشر سنوات ، ولصاحب الحق فيها أن يضمن استمرار الحماية لمدة جديدة اذا قدم طلبا بالتجديد فى خلال السـنة الأخيرة ، وهكذا فى كل مدة تالية ، فالعلامة التجـارية ليست لها مدة قصوى لحمايتها ، بل هى تحمى دائما ما دام صاحبها يقوم بطلب تجديد تسجيلها فى السنة الأخيرة من نهاية كل عشر سنوات • وحتى اذا لم يقدم صاحب العلامة طلب التجديد فى السنة الأخيرة من نهاية عشر سنوات ، فان ادارة التسجيل تقوم فى خلال الشـهر التالى لانتهاء عشر السنوات باخطار صاحب العلامة بانتهاء مدة حمـايتها ، فاذا انقضـت الثلاثة الأشهر التالية لتاريخ انتهاء مدة عشر السنوات دون أن يقـدم صاحب العلامة طلب التجديد ، قامت الادارة من تلقاء نفسـها بشـطب العلامة من السجل •

ولصـاحب العلامة التصرف فيها بعوض أو بغير عوض ، ومع ذلك لايجوز نقل ملكية العلامة أو رهنها أو الحجز عليها الا مع المحل التجارى أو مشروع الاستغلال الذى تستخدم العلامه فى تمييز منتجاته • ويشمل انتقال ملكية المتجر أو مشروع الاستغلال العلامات المسجلة باسم ناقل الملكية التى يمكن اعتبارها ذات ارتباط وثيق بالمتجر أو المشروع ، ما لم يتفق على غير ذلك (١) • ولا يكون نقل ملكية العلامه أو رهنها حجه على التنفيذية (٢) •
الغير . الا بعد التأشير به فى السجل وشهره بالكيفية التى تقررها اللائحة

---

(١) فيجوز الاتفاق على نقل ملكيـة المتجر أو المشروع من غير العلامة التجارية ، اذ قد يرى المالك عند نقل الملكية الاحتفـاظ بعلامته التجـارية اما لاعادة استعمالها لنفسه ، أو حبسـها عن التداول ، أو لأى غرض آخر (نقض مدنى ٢٣ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة احـكام النقض السنة ٦ ص ١٢٧٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الغير الذى لا يحتج عليه بنقل ملكية العلامة التجارية الا بعد التأشير والشهر ، وفقا لنص المادة ٢٠ من القانون رقم ٥٧ لسـنة ١٩٣٩ ، هو كل من يثبت له على العلامة المبيعـة حق عينى بعوض (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ رقم ٢٣ ص ١٨٠) •

٢٨٩ — البيانات التجارية :

وتوجد ، الى جانب العلامات التجارية ، البيانات التجارية وهى أيضا يحميها القانون . ويعتبر بيانا تجاريا كل ايضاح يتعلق بما يأتى :
١ — عدد البضائع أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها أو طاقتها أو وزنها .
٢ — الجهة أو البلاد التى صنعت فيها البضائع أو انتجت . ٣ — طريقة صنعها أو انتاجها . ٤ — العناصر الداخلة فى تركيبها . ٥ — أسم أو صفات المنتج أو الصانع . ٦ — وجود براءات اختراع أو غيرها من حقوق الملكية الصناعية أو أية امتيازات أو جوائز أو مميزات تجارية أو صناعية .
٧ — الاسم أو الشكل الذى تعرف به بعض البضائع أو تموم عادة .

فالبيان التجارى اذن لا ينطوى على اى ابتكار . وانما هو بيان هام يعرف الجمهور بالمنتجات او البضائع التى وضع عليها . وليس المقصود حماية البيان ذاته . بل حماية الناس الذين يتعاملون فى هذه المنتجات والبضائع . ويطمئنون الى صحة البيان الموضوع عليها . لذلك يجب ان يكون البيان التجارى مطابقا للحقيقة من جميع الوجوه . سواء كان موضوعا على نفس المنتجات أو على المحال او المخازن او على عناوانها او الاغلفة او الفواتير أو أوراق الخطابات أو وسائل الاعلان او غير ذلك مما يستعمل فى عرض البضائع على الجمهور .

وعلى ذلك اذا كانت المنتجات واردة من الخارج ، فلا يجوز وضع اسم البائع أو عنوانه على هذه المنتجات ما لم يكن مقترنا ببيان دقيق مكتوب بحروف ظاهرة عن البلاد أو الجهة التى صنعت أو انتجت فيها هذه البضائع . ولا يجوز للاشخاص المقيمين فى جهة ذات شهرة خاصة فى انتاج بعض المنتجات أو صنعها (فيشى مثلا للمياه المعدنية وبوردو للنبيذ) الذين يتجرون فى منتجات مشابهة واردة من جهة اخرى ، ان يضعوا عليها علاماتهم اذا كانت من شانها ان تضلل الجمهور فيما يتعلق بمصدر تلك المنتجات . حتى لو كانت العلامات لا تشمل على أسماء هؤلاء الأشخاص أو عناوينهم ، ما لم تتخذ التدابير الكفيلة بمنع كل لبس .
ولا يجوز للصانع أن يستعمل اسم الجهة التى يوجد له بها مصنع رئيسى

فيما يصنع لحسابه من منتجات فى جهة أخرى . ما لم يقترن هذا الاسم ببيان الجهة الأخيرة على وجه يمتنع معه كل لبس (1) • ولا يجوز ذكر ميداليات أو دبلومات أو جوائز أو درجات فخرية من أى نوع ، سواء أكانت كسبت فى معارض أم فى مباريات أن منحت من رؤساء الدول أو الحكومات أو المصالح العامة أو هيئات العلماء أو الجمعيات العلمية ، الا بالنسبة الى المنتجات التى تنطبق عليها هذه المميزات ، وبالنسبة الى الأشخاص والأسماء التجارية الذين كسبوها أو لمن آلت اليهم حقوقهم ، ويجب أن يشتمل ذلك على بيان صحيح بتاريخها ونوعها والمعارض أو المباريات التى منحت فيها • ولا يجوز لمن اشترك مع آخرين فى عرض منتجات أن يستعمل لمنتجاته الخاصة المميزات التى منحت للمعروضات المشتركة . ما لم يعين بطريقة واضحة مصدر تلك المميزات ونوعها •

وقد يكون وضع البيان التجارى لازما بموجب القانون ، فقد نصت المادة ٣٢ من قانون العلامات والبيانات التجارية على انه « اذا كان مقدار المنتجات أو مقاسها أو كيلها أو طاقتها أو وزنها أو مصدرها أو العناصر الداخلة فى تركيبها من العوامل التى لها دخل فى تقدير قيمتها . جاز بمرسوم منع استيراد تلك المنتجات أو بيعها أو عرضها للبيع ما لم تحمل بيانا أو أكثر من هذه البيانات • وتحدد بقرار وزارى الكيفية التى توضع بها البيانات على المنتجات ، والاجراءات التى يستعاض عنها بها عند عدم امكان ذلك ، على أن تكتب هذه البيانات باللغة العربية » •

٢٥٠ — طرق حماية العلامات والبيانات التجارية :

هذه الطرق ، كطرق حماية براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، قد تكون اجراءات تحفظية ، وقد تكون جزاء مدنيا ، وقد تكون

---

(1) وتنص المادة ٣٠ من قانون العلامات والبيانات التجارية على انه « يجوز أن تطلق على بعض المنتجات اسماء جغرافية أصبحت الفاظا عامة تدل فى الاصطلاح التجارى على جنس الناتج لا على مصدره ، وتستثنى من ذلك الأسماء الاقليمية للمنتجات النبيذية » .

جزاء جنائيا (١) .

ففيما يتعلق بالاجراءات التحفظية ، يجوز لمالك العلامة التجارية فى أى وقت ، ولو كان ذلك قبل رفع أية دعوى مدنية أو جنائية ، أن يستصدر ، بناء على عريضة مشفوعة بشهادة رسمية دالة على تسجيل العلامة ، أمرا من القاضى باتخاذ الاجراءات التحفظية اللازمة ، وعلى الأخص حجز الآلات أو أية أدوات تستخدم أو تكون قد استخدمت فى ارتكاب الجريمة ، وكذلك المنتجات أو البضائع أو عنوانات المحال أو الأغلفة أو الأوراق أو غيرها مما تكون قد وضعت عليها العلامة أو البيان موضوع الجريمة . ويجوز اجراء هذا الحجز عند استيراد البضائع من الخارج . ويجوز أن يشمل الأمر الصادر من القاضى ندب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر فى عمله ، والزام الطالب بتقديم كفالة . وتعتبر هذه الاجراءات باطلة بحكم القانون ، ما لم تتبع فى خلال ثمانية أيام عدا مواعيد المسافة برفع دعوى مدنية أو جنائية على من اتخذت بشأنه تلك الاجراءات .

وفيما يتعلق بالجزاء المدنى يحكم بالتعويضات على من اعتدى على صاحب العلامة التجارية أو على من وضع بيانا تجاريا غير صحيح على المنتجات والبضائع . ويجوز للمحكمة ، فى أية دعوى مدنية أو جنائية ، أن تحكم بمصادرة الأشياء المحجوزة أو التى تحجز فيما بعد ، لاستنزال ثمنها من التعويضات أو الغرامات ، أو للتصرف فيها بأية طريقة أخرى تراها المحكمة مناسبة . ويجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه . ويجوز لها كذلك أن تأمر باتلاف

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه وان كان مؤدى المادة الثالثة من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ انه يترتب على كسب ملكية العلامة التجارية حق خاص لصاحبها يخوله وحده استعمال العلامة ومنع الغير من استعمالها الا ان الاعتداء على هذا الحق لا يتحقق الا بتزوير العلامة او تقليدها من المزاحمين لصاحبها فى صناعته او تجارته (نقض مدنى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٤٠ صفحة ١٥٧٧) .

العلامات غير القانونية ، أو أن تأمر عند الاقتضاء باتلاف المنتجات والأغلفة ومعدات الحزم وعنوانات المحال والكتالوجات وغيرها من الأشياء التى تحمل تلك العلامة تحمل بيانات غير قانونية ، وكذلك اتلاف الآلات والأدوات التى استعملت بصفة خاصة فى عملية التزوير . ولها أن تأمر بكل ما سبق حتى فى حالة الحكم بالبراءة .

وقد قضت محكمة النقض بأن الفصل فى وجود أو عدم وجود تشابه بين علامتين تجارتين من شأنه أن يخدع جمهور المستهلكين به هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كانت الاسباب التى استند اليها من شأنها ان تبرر النتيجة التى انتهى اليها (١) .

وفيما يتعلق بالجزاء الجنائى ، تنص المادة ٣٣ من قانون العلامات والبيانات التجارية على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة من عشرة جنيهات الالى ثلثمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين فقط : ١ — كل من زور علامة تم تسجيلها طبقا للقانون ، أو قلدها بطريقة تدعو الى تضليل الجمهور (٢) وكل من استعمل بسوء القصد علامة مزورة أو مقلدة . ٢ — كل من وضع بسوء القصد على منتجاته

---

(١) نقض مدنى فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٨١ صفحة ١٢١٢ .

(٢) تزوير العلامة هو اصطناع علامة تطابق مطابقة تامة العلامة الأصلية ، أما التقليد فهو اصطناع علامة مشابهة فى مجموعها للعلامة الأصلية مشابهة من شأنها تضليل الجمهور . وتقدير وجود تشابه من شأنه أن يخدع الجمهور مسألة واقع ، متى كانت الأسباب سائغة (نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض السنة ٥ ص ٤٨٦ — نقض جنائى ٢٤ ابريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٦٦٦) . وقد استقرت أحكام القضاء (نقض مدنى فى ٢٨ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة احكام النقض السنة ١١ ص ١٠٠ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ ص ١٨٠) على القواعد الآتية : (أ) يعتد بأوجه التشابه ، لا بأوجه الخلاف . (ب) العبرة فى التشابه هو التشابه فى المظهر العام لمجموع كل من العلامتين ، لا فى التفاصيل والجزئيات . (د) التشابه الذى يعتبر تقليدا هو التشابه الذى من شأنه تضليل الجمهور ، اى المستهلك العادى ، لا المستهلك المهمل ولا المستهلك اليقظ .

وانظر أيضا نقض جنائى ٧ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى=

علامة مملوكة لغيره • ٣ — كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامة مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق ، مع علمه بذلك » • وتنص المادة ٣٤ من نفس القانون على أن « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة من خمسة جنيهات الى مائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين فقط : ١ — كل من خالف أحكام المواد من ٢٧ الى ٣٢ من هذا القانون (وهى الخاصة بمطابقة البيانات التجارية للحقيقة) • ٢ — كل من استعمل علامة غير مسجلة فى الأحوال المنصوص عليها فى الفقرات (ب) و (جـ) و (د) و (ط) و (ى) من المادة الخامسة (علامات غير جائز استعمالها) • ٣ — كل من ذكر بغير حق على علاماته أو أوراقه التجارية بيانا يؤدى الى الاعتقاد بحصول تسجيلها » •

وقد قضت محكمة النقض بانه لتقدير ما اذا كانت للعلامة التجارية ذاتية خاصة متميزة عن غيرها يجب النظر اليها فى مجموعها لا الى كل من العناصر التى تتركب منها ، فالعبرة ليست باحتواء العلامة على حروف مما يحتويه بعلامة أخرى وانما العبرة هى بالصورة العامة التى تنطبع فى الذهن وللشكل الذى تبرز به هذه الحروف فى علامة أخرى ، فلا يهم اذن اشتراك علامة مع أخرى فى بعض حروفها اذا كان ذلك لا يؤدى الى اللبس أو الخلط بينهما (١) •

= فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١٣٧٤ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١٣٧٣ — ٢٩ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١٣٧٤ •

وقضت محكمة استئناف مصر بأن تشابه العلامتين من ناحيتى الشكل والجرس السمعى لا يمكن ان يؤدى الى الخلط واللبس فى مجال تجارة المسحوق المنظف اللازم لمصانع الطبع والصباغة ، لأن الذين يقتنون مثل هذه المنتجات هم من رجال الخبرة والفن (استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٦٠ المحاماة ٤١ رقم ٢٥٥ ص ٦٨٥) •

(١) نقض مدنى فى ٥ يونيه سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٨١ صفحة ١٢١٢ •

القسم الثانى

حق الملكية

تمهيـــد (*)

٢٩١ ـ الأساس الذى يقوم عليه حق الملكية ومشروعية هذا الحق:

حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقا ، بل هو جماع هـــذه الحقوق العينية ، وعنه تتفرع جميعا . فمن له حق الملكية على شىء كـــان لـــه حـــق استعماله (jus utendi) وحـــق اســـتغلاله (jus fruendi) وحق التصرف فيه (jus abutendi) ، وبذلك يستجمع كل السلطات التى يعطيها القانون للشخص على الشىء . فاذا اقتصر حق الشخص عـــلى استعمال الشىء واستغلاله ، كان هذا حق انتفاع متفرعا عن حـــــق الملكية . واذا اقتصر حقه عـــلى استعمال الشىء لحاجاته الشخصية وحدها ، أو اقتصر حقه على السكنى دون أى وجه آخر من وجـــوه الاستعمال ، كان هذا حق استعمال أو حق سكنى ، وكلا الحقين متفرع عن حق الملكية . واذا اقتصر حقه على استعمال الشىء على وجه معين أو الحصول منه على منافع معينة ، كان هذا حق ارتفاق ، هـــو أيضـــا متفرع عن حق الملكية . واذا اقتصر حق الشخص على التصرف فى الشىء جبرا على المالك لاستيفاء حقه متقدما على غيره من الدائنين . كان هذا حق رهن أو حق اختصاص أو حق امتياز ، وكلها حقوق تبعية اذ هى تكفل الدين فهى تابعة له ، وهى أيضا متفرعة عن حق الملكية . فالمالك اذن يستطيع أن يفعل فى ملكه ما يشاء الا ما ينهى عنه القانون ، أمـــا صاحب أى حق عينى آخر فلا يستطيع أن يفعل فى الشىء الا ما نص عليه القانون ولا يستطيع أن يفعل أى شىء آخـــر .

وقد استتبع اتساع نطاق حق الملكية الى هذا المدى البحث عـــن مشروعيته والأساس الذى يقوم عليه ، فاختلفت المذاهب والأنظار فى

(*) **مراجع** : انظر المراجع العامة المشار اليها فى القسم الأول .

ذلك (١) • فبعض يذهب الى أن الملكية الفردية تقوم على القانون الطبيعي . ولكن لو كانت الملكية الفردية تقوم على القانون الطبيعى لوجدت فى كل الأزمان والعصور ، وسنرى أنها انما كانت ثمرة تطور طويل ولم تكن موجودة من قبل • وبعض يذهب الى أنها تقوم على الاستيلاء ، فمن وضع يده على مال ملكه وبقى مالكا له وانتقل منه الى ورثته • ولكن الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية الفردية يفترض ضرورة أن الملكية الفردية كانت موجودة قبله ، حتى يصح أن يكون الاستيلاء سببا فى كسبها • وهناك من يذهب الى أن الملكية الفردية تقوم على النفع الاجتماعى لتفوقها على جميع نظم الملكية الأخرى ، اذ المجتمع الذى يمارس الملكية الفردية أرقى بكثير من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية من المجتمع الذى لا يمارسها • ولكن ذلك يفترض أن المجتمع كان بالخيار بين الملكية الفردية والملكية غير الفردية . فاختار الملكية الفردية لنفعها • والصحيح أن الملكية الفردية لم تكن نتيجة مقارنة واختيار ، بل كانت ثمرة تطور طويل ظل أحقابا عديدة حتى انتهى اليها ، وسنرى فيما يلى كيف تطورت الملكية •

واذا أريد للملكية الفردية أن تقوم على أساس مشروع ، فخير أساس لها هو العمل • فالعامل يكسب أجر عمله ، وهذا الكسب الحلال هو بذرة الملكية الفردية • ومتى سلمنا بأن الفرد له حق مشروع فى كسب

---

(١) فمنذ عهد افلاطون والملكية الفردية محل للهجوم عليها وللدفاع عنها — انظر Landry فى الفائدة الاجتماعية للملكية الفردية سنة ١٩٠١ — Tanerede Rothe فى وجود الملكية سنة ١٩٣٠ — Renard et Trotabas فى الوظيفة الاجتماعية للملكية الفردية سنة ١٩٣٠ — Coste-Floret فى الطبيعة القانونية لحق الملكية بموجب التقنين المدنى ومنذ التقنين المدنى رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٥ — Moranira من الملكية الراسمالية الى الملكية الانسانية سنة ١٩٣٦ — Gonnard فى الملكية فى الفقه وفى التاريخ سنة ١٩٤٣ — Salleron ستة ابحاث فى الملكية الجماعية سنة ١٩٤٧ — Jansse فى الملكية ونظام الاموال فى الحضارات الشرقية سنة ١٩٥٣ — Challeye فى تاريخ الملكية الطبعة الخامسة سنة ١٩٥٨ — Feretzane بحث فى فكرة الملكية الاجتماعية سنة ١٩٦٣ •

عمله ، فقد سلمنا بمشروعية الملكية الفردية • هذا الكسب الذى جناه الفرد ثمرة لعمله هو ملك له ، وينبغى أن يستأثر به دون غيره ، فقد كسبه بعرق جبينه وبكده • ولا يوجد كسب حلال ككسب العمل ، ولا حافز على العمل أفضل من الكسب الحلال • واذا قلنا ان من حق الفرد أن يستأثر بكسب عمله ، فقد أثبتنا له حق ملكية فردية على هذا الكسب • ومن حقه اذن أن يستمتع بجميع عناصر حقه ، فينتفع به استعمالا واستغلالا ، ويتصرف فيه وهو لا يزال حيا ، وينتقل عنه الى ورثته بعد موته • هذه هى عناصر الملكية الفردية ، لا مناص من التسليم بها متى سلمنا بمبدأ الملكية الفردية فى ذاته • واذا كان الملك ينتقل فى بعض الأحيان الى ورثة لايستحقونه ولم يكسبوه بعملهم هم ، فهذه ضرورة لا معدى منها ، ويعوض عنها ما تولده الملكية الفردية من حافز على العمل • على أن المال اذا انتقل الى ورثة لا يستحقونه لا يلبث أن ينتقل من أيديهم ، وينتقل الى أيد أصلح •

فالعمل اذن هو الأساس المشروع الذى تقوم عليه الملكية الفردية ، وما الملك الا الأجر استحقه الأجير ، وينبغى أن يعطى اياه قبل أن يجف عرقه •

٢٩٢ — التطور التاريخى لحق الملكية فى غرب أوروبا :

ذهب كثيرون من الباحثين الى أن الملكية بدأت أولا ملكية جماعية (propriété collective) ، تشترك فيها جميع أفراد القبيلة ولا يستأثر بها أحد منهم ، فكانت الأرض والأسلحة والعدد بوجه خاص مملوكة ملكية جماعية القبيلة فى الحضارة البدوية • ولما استقرت الجماعات فى الأرض ، وتطورت الحضارة من حضارة بدوية تقوم على رعى المواشى الى حضارة زراعية تقوم على زراعة الأرض ، تطورت الملكية مع تطور الحضارة فأصبحت ملكية عائلية (propriété familiale) وانتهت الملكية بعد تطور طويل الى أن تكون ملكية فردية (propriété individuelle) ، ولكن مع بقاء بعض آثار الملكية العائلية كالميراث والنصاب الذى يجب

أن يستبقى للورثة دون أن تجوز الوصية فيه (١) .

واذا تابعنا التطور التاريخي لحق الملكيه فى غرب أوربا منذ عهد الرومان الى نشوب الثورة الفرنسيه وصدور التقنين المدني الفرنسي ، وجدنا ان هذا الحق لم يبق على وتيرة واحدة ، بل انه تطور تطورا غير مطرد . فتبسطت الملكيه ، ثم تعقدت ، ثم عادت الى التبسط ، لتعود بعد ذلك الى التعقيد ، وتنتهى اخيرا الى التبسط .

ففى العهود الرومانية القديمة ، كانت الملكية جماعية (gens) وعائليه (familia) ، وكانت فرديه فى بعض الاشياء الاستثنائية المحددة، كالمنقولات والعبيد ،وكان معنى الملكية يختلط بالمعنى الدينى وبمعنى سيادة الدولة . ولما قوى سلطان الدولة قامت الملكية العامه (ager publicus), وبدأ معنى الملكية الفردية يظهر على الأراضى التى كانت الدولة تقطعها للافراد فى صور مختلفه . وانتهى الأمر فى العهد الكلاسيكى الى ظهور الملكية الفرديه (dominium ex jure quiritium) ظهورا كاملا مع دعمها على أسس قوية (plena in repotestas) . والى جانب هذه الملكية الفردية المبسطة، ظهرت فى الأقاليم ملكية أخرى معقدة وهى الملكية البريطوريه (prop. prétorienne ou bonitaire : in bonis) أو الملكيه غير الرومانية (prop. peregrine), حيث تقوم ملكية الدولة فوق ملكية الفرد فى الأرض الواحدة . وأخذت هذه الملكية الجديدة تتبسط شيئا فشيئا ، وتختفى فيها ملكية الدولة ويغلب حق الفرد ، حتى أصبحت فى عهد جيستنيان ملكية فردية تامة على غرار الملكية الرومانية .

ولكن ما لبثت العصور الوسطى والعادات الجرمانية أن عقدت الملكية الفردية من جديد ، وكانت الملكية فى العادات الجرمانية ملكية فردية فى

---

(١) انظر فى ذلك Laveleye فى الملكية الفردية وصورها البدائية الطبعة الرابعة سنة ١٨٩١ — Cuvillier فى علم الاجتماع سنة ١٩٥٠ جزء ٢ فقرة ١٧٢ — مازو فقرة ١٢٩٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧١٤ — وقارن مارتي وريفو فقرة ٣٢ .

المنقولات وفى منزل السكنى ، جماعية فى الأراضى الزراعية • وفى عهود الاقطاع بعد أن هدأت الحروب وتوطدت السلطات المركزية ، سادت الملكيه الاقطاعية فى الأرض (féodalité foncière)، وقامت الملكية الفعلية (domaine utile) الى جانب الملكية الأصلية (domaine éminent, direct). وتجردت الملكية الاصلية شيئا فشيئا عن معانى الملكية ، وأصبحت الملكية الحقيقية فى يد صاحب الملكية الفعلية • وتمثلت الملكية الأصلية فى بعض مزايا وخدمات وأعطيات (redevances) يؤديها التابع (vassal) او الحائز (tenancier) وهو صاحب الملكية الفعلية الى السيد (seigneur) وهو صاحب الملكية الأصلية • ولم تعد الملكية فى الواقع من الأمر الا ملكية فردية واحدة : هى ملكية التابع او الحائز أى الملكية الفعلية . وآلت الملكية الأصلية الى أن تكون مجرد تكاليف تثقل الأرض . وأقرب الى أن تكون حقا من حقوق الارتفاق (١) •

ثم نشبت الثورة الفرنسية ، واكتسح الفلاحون فى الأقاليم قصور النبلاء ، وحرقوا السجلات التى تتضمن ما لهؤلاء النبلاء من حقوق وتكاليف على الارض ، بل وحرقوا معها فى بعض الأحيان القصور ذاتها وقتلوا النبلاء أصحاب هذه القصور ، ونادوا بتحرير الأرض من كل التكاليف والحقوق الاقطاعية • وفى ليلة ٤ أغسطس سنة ١٧٨٩ ، بعد هدم الباستيل بأقل من شهر ،أقرت الجمعيةالوطنية (Assemblée Nationale) قانونا يقضى بالغاء الاقطاع الغاء تاما (٢) ، وتخلصت ملكية الأرض من جميع أثقالها الاقطاعية ، وأصبحت ملكية خالصة لصاحبها ؛ بل أصبحت « حقا مقدسا لا يجوز انتهاك حرمته ، ولا يجوز حرمان صاحبه منه ، الا اذا قضت بذلك فى وضوح ضرورة من مصلحة عامة ثبتت قانونا،

---

(١) انظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٦٠ ص ٧٧٢ .

(٢) وقد نفذ هذا القانون عن طريق اصدار سلسلة من الدكريتات انتهت بقانون ١٧ يوليه سنة ١٧٩٣ (انظر مارتى ورينو فقرة ٣٥ ص ٣٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٩٨٦) .

ويشرط تعويض عادل يدفع مقدما » (م ١٧ من اعــــلان حقـــــوق الانسان) (١) • وفى دستور سنة ١٧٩١ ، فى المادة ٨٧ منه ، وصف حق الملكية بأنه حق مقدس لا يجوز انتهاك حرمته •

وسرت روح الثورة ، فيما يتعلق بحق الملكية ، الى التقنين المدنى الفرنسى ، فعرفته المادة ٥٤٤ من هذا التقنين بما يأتى : « الملكية هــى الحق فى الانتفاع بالشىء وفى التصرف فيه على نحو أشــــد ما يكون اطلاقا ، بشرط الا يستعمل الشىء على وجه يحرمه القانون أو اللوائح »• وقال بورتاليس (Portalis) فى صدد هذه المادة : « لقد اعتبر دائما مبدأ من المبادىء الحرة أن الملكية الفردية فى التقنين المدنى تدخل ضمن النظم الطبيعية ، بل النظم الالهية ، وان حقوق الملاك على املاكهم هى حقوق مقدسة يجب أن تحترمها الدولة نفسها (٢) •

٢٩٣ — التطور التاريخى لحق الملكية فى البلاد الاســـلامية وفى مصر :

حق الملكية فى المنقول اعترف به اعترافا كاملا فى جميع البــــلاد الاسلامية ومنها مصر ، وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية •

أما الأراضى فكانت قسمين :

١ — أرضا عشوريه ، وهى مملوكة ملكية تامة لاصحابها ، وتدفــع العشر عينا مما تغله للامام (أى للدولة) • وتشــمل جميع الأراضى الواقعة فى الجزيرة العربية اذ لا يقبل فيها الا الاســـلام ، والاراضى

---

(١) وهذا هو النص الفرنسى للمادة ١٧ من اعلان حقوق الانسان :
La propriété, étant un droit inviolable et secré, nul ne peut en etre privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

(٢) Locré جزء ٨ ص ١٥٦ — على أنه يلاحظ ان الثورة الفرنسية لم تفعل الا أن تسجل نهائيا تحرير الأرض من القيود الاقطاعية ، أما التحرير ذاته فقد تحقق تدريجيا على مدى قرون سبقت الثورة ، وكان أمرا قد تم فى الواقع قبل اعلانه فى القانون (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقــرة ٤ ص ٦ — ص ٧) •

التي أسلم أهلها طوعا فتبقى لهم ويدفعون عنـها العشر ، والاراضى التى فتحت عنوة وقهرا وقسمت بين الغانمين المسلمين فهؤلاء يملكون الأرض بقسمتها بينهم ويدفعون عنها العشر .

٢ — أرضـا خراجية ، وهذه تدفع الخراج للامام ويتراوح بين الخمس والنصف بحسب تقدير الامام . وتشـمل الأرض الخراجية الأراضى التى فتحت عنوة وقهرا (فى غير الجزيرة العربيه) وتركهـا الامام فى يد أصـحابها وضرب عليها الخراج بحسب تقديره (١) . والأراضى التى لم تفتح عنوة وقهرا بل سلم اهلها صلحا يضرب عليها الخراج بحسب عهد الصـلح . والأرض الخراجيه فى البلاد المفتوحه صـلحا تكون ملكيتها بحسب الوارد فى عهد الصلح ، فقد يرد فى هذا العهد أن تترك الملكية لأصحابها فتكون لهم عليها ملكيه تامه ولا يلتزمون الا بدفع الخراج للامام ، وقد يرد فى عهد الصلح أن الارض تكون وقفا ولا يكون لأصحابها عليها الا حق الانتفاع بها فى نظير دفع الخراج . أما فى البلاد المفتوحة عنوة وقهرا ، فللامام الخيار بين جعل الارض وقفا وترك حق الانتفاع بها لأصحابها فى نظير دفع الخراج ، وبين ترك ملكية الأرض لأصحابها يملكونها ملكية تامة ولا يلتزمون الا بدفع الخراج (٢).

ولما فتح العرب مصر ، أقروا المصريين على أراضـيهم ولم تنزع منهم ، وأصبحت أراضى خراجية يلتزم أهلها بدفع خراجها (٣) . ولما

---

(١) والخراج غير الجزية ، فالخراج ضريبة على الأرض اسلم صاحبها او لم يسلم ، واما الجزية فضريبة على الشخص اذا لم يسلم وتعتبر مقابلا لاعفائه من التجنيد فى جيوش المسلمين .

(٢) انظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٩ والمراجع المشار اليها . انظر رسالته بالفرنسية فى نطاق حق الملكية فى مصر ص ٩ وما بعدها — ومؤلفه فى الملكية العقارية فى مصر وتطورها التاريخى ص ٧٥ وما بعدها .

(٣) وهناك خلاف فيما اذا كانت مصر قد فتحت صلحا او فتحت عنوة وقهرا ، ومهما يكن من شأن هذا الخلاف فانه لا أثر له مادام المصريون قـد اقروا على اراضيهم ولم تنزع منهم ، فهذا الاقرار جائز فى حالتى الفتح صلحا والفتح عنوة وقهرا .

كان المصريون لا يملكون رقبة الأرض منذ حكم الرومان ومن قبلهم من الفاتحين ، بل منذ عهود الفراعنة (١) ، فان العرب اعتبروا أن رقبة الأرض قد انتقلت الى الدولة الجديدة وقد حلت فى ذلك محل الدولة البيزنطية ، وبقى لاصحاب الاراضى حق الانتفاع بها فى نظير دفع الخراج .

وبقى الأمر كذلك الى عهد محمد على ، ففى سنة ١٨١٣ أمر محمد على بمسح الأراضى المصرية ، وقسم البلاد الى مديريات ومراكز ونواح ، وربط الأراضى المزروعة أو القابلة للزراعة زماما للنواحى . ووزع الأراضى بين أهالى الناحية للانتفاع بها . وبقية أراضى خراجية يدفع عنها الخراج أو المال .

---

(١) كانت مصر ، فى عهد الفراعنة ، مقسمة الى مقاطعات (nomes) ولم يكن سكان هذه المقاطعات ملاكا للأراضى التى يؤدون عنها الضرائب ، بل كان لهم فيها حق الانتفاع فقط ، وكانت الرقبة ملكا لفرعون . وفى عهد الأسرة السابعة عشرة وزعت الأرض توزيعا جديدا ، فاقتسمها الملك والكهنة . ثم ظهرت طائفة ثالثة من الملاك ، هى طائفة الجنود المحاربين . ولكن كلا من طائفتى الكهنة والمحاربين لم يكن مالكا ملكية تامة للأرض ، بل كان له عليها حق انتفاع فقط . وفى عهد الأسرة الحادية والعشرين نودى بالاله آمون مالكا للأرض بدلا من الملك . أما الفلاحون فكانوا حائزين للارض مجرد حيازة ، يزرعونها ويؤدون خراجها للدولة . ثم توسعت حقوقهم فى عهد الأسر المصرية الأخيرة ، الثامنة والعشرين والتاسعة والعشرين والثلاثين ، فكان للفرد أن يؤجر الأرض ويبيعها ، وله كذلك أن يهبها بقيود معينة . ولكن ملكية الأراضى لم تخلص كاملة للحائز ، كما خلصت فى عهد الرومان طبقا لأحكام قانون الألواح الاثنى عشر .

وفى عهد البطالسة كان الملك مستأثرا برقبة الجزء الأكبر من الأراضى المصرية . ولم يكن فى ذلك العهد سوى الملك وله ملك الرقبة ، وطائفة الزراع ولهم حيازة الأرض او ملك المنفعة ، وكان عليهم أن يؤدوا للملك ضريبة اقرارا بحقه فى ملك الرقبة .

ولم يغير الرومان من هذه النظم ، ولكن مصر ضمت الى أملاك الامبراطور . فأثقل هذا كاهل المصريين بضروب شتى من السخرة والتكاليف المالية . وكانت الضرائب ترسل الى روما ، ثم الى القسطنطينية بعد أن أصبحت مصر جزءا من الامبراطورية البيزنطية .

وهكذا لم يتغير نظام ملكية الأراضى ، فظل الملك مالكا للرقبة ، ويقطع الأرض للأفراد لزراعتها على أن يؤدوا ما يفرض عليهم من الضرائب .
انظر فى تفصيل ذلك محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٣ — فقرة ١٢ .

ثم صدرت اللائحة السعيدية ، فى عهد محمد سعيد فى ١٥ أغسطس سنة ١٨٥٨ (٢٤ ذى الحجه سنه ١٢٧٤) ، توسع كثيرا من حقوق اصحاب الاراضى على أراضيهم الخراجية • فاصبحت هذه الاراضى تورث عنهم الميراث الشرعي ، ويجوز لهم التصرف فيها ورهنها غاروقه وايجارها ، حتى يمكن القول بأن اراضى مصر ، وان بقيت أراضى خراجيه ، آصبح لأصحابها عليها من الحقوق ما يقرب من حقوق الملاك• وهذه هي أهم الأحكام التى وردت فى اللائحه السعيدية فى هذا الصدد :

١ — أذا مات صاحب الارض ، فلبيت المال أن يوجهها الى من شاء ، ولكن متى كان للميت ورثه شرعيون ، فمراعاة لتعيشهم وعدم حرمانهم من انتفاعهم يكونون احق واولى من الغير ، سواء كانوا ذكورا أو اناثا • ويكون اخذهم لها بنسبة تقسيم الميراث الشرعي • بشرط ان يكونوا مقتدرين على زراعتها وتاديه خراجها ولو بواسطه الوكلاء والأوصياء الذين يصير تنصيبهم عليهم بمعرفه القاضى عن يد الحكومة (بند ١) •

٢ — يجوز لأصحاب الأطيان الخراجية أن يسقطوا حقوقهم ويفرغوها لغيرهم ، بموجب حجج شرعية من محكمة الجهة أو النواب المأذونين بسماع الدعاوى الشرعية وكتابة الحجج ، ويكون ذلك بعد الاستئذان من المديرية وصدور الاذن منها بتحرير الحجة • ويشترط فى الحجة على المفرغ له أو المبيع له أن يكون ممتثلا الى القوانين واللوائح التي تصدر من الحكومة ، ويكون ملزما بسداد الأموال (بند ١٠) •

٣ — يجوز رهن الأطيان الخراجية بالغاروقة من صاحب الأثر الى من يريد ، بشرط أن يكون ذلك باطلاع المديرية (بند ٨) •

٤ — يجوز لصاحب الأثر أن يؤجر لمن يريد بمعرفته ، انما يكون عقد الايجار عن سنة واحدة الى ثلاث سنين فقط ، ويجوز تجديدها • ولأجل ضبط واعتماد تحرير شروط الايجارات ، ينبغي ألا يكون عقد

الايجار أو المشاركة الا بموجب سند ديواني يحرر بواسطة المديرية (بند ٩) ٠

٥ — بما أن الأراضى الخراجية لا تملك للمزارعين فيها ، بل ليس لهم فيها الا حق الانتفاع بها ماداموا يتعهدونها بالزراعة ، فاذا تركها المزارعون اختيارا مدة تبلغ ثلاث سنوات سقط حقهم فيها ، وذلك بحسب أصول الشريعة ٠ ومع كون الحكم الشرعى قضى بتحديد الثلاث سنوات ، لكن بطريق العرف ، لما لوحظ من واقعات أحوال الأهالى ، جوز علاوة سنتين آخرين على ذلك الميعاد لتكون المدة خمس سنوات ، فمن كانت تحت يده أطيان خراجية . ذكرا كان أو أنثى ، وواضع يده عليها خمس تحت يده أطيان خراجية . ذكرا كان أو أنثى ، وواضع يده عليها خمس سنوات فأكثر ، وقائم بتاديه ما عليها من الخراج لجهه الميرى ، فلا تنزع من يده ، ولا تسمع فيها دعوى ضده بوجه من الوجوه (بند ٥) ٠

٦ — يكون لمن يغرس اشجارا أو يحفر سواقى أو ينشىء أبنية فى أراضيه الخراجية ، أو لورثته بعده ، التصرف فيها بجميع التصرفات الشرعية من بيع وهبه وغير ذلك (بند ١٢) (١) ٠

وفى عهد اسماعيل ، بموجب الأمر الكريم الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٨٦٦ (٢٢ شعبان سنة ١٢٨٢) ، أجيزت الوصية فى الأراضى الخراجية ، دون وقفها لأن وقف الأطيان الخراجية يتعلق بالارادة الخديوية ٠

ثم صدرت اللائحة المقابلة فى ٣٠ أغسطس سنة ١٨٧١ تقضى بأن من يدفع خراج ست سنوات مقدما على أطيانه ، ويطلب استخراج حجة شرعية أو الشرح على حجته التى تكون بيده ، يثبت له الحق فى الهبة والتوارث والوصاية والاسقاط (٢) ٠

---

(١) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٧ ص ٩٠ — ص ٩٢ ٠

(٢) وقد الغى الأمر العالى الصادر فى ٦ يناير سنة ١٨٨٠ احكام قانون المقابلة ، ولكن نص فى بند (٥) من هذا الأمر العالى على أن جميع أحكام =

وقد صدر التقنين المدنى المختلط فى سنة ١٨٧٦ . مقننا للأحكام المتقدمة الذكر على الوجه الآتى : م ٢١ — الأموال الخراجية هى التى فى ملك الميرى ، وأسقط حق منفعتها للناس بالشروط والأحوال المقررة فى اللوائح . م ٣٥ — يجوز أن يكون حق الانتفاع مؤبدا متى قررته الحكومة على الأراضى الخراجية طبقا للوائح . م ٣٦ — وفى هذه الحالة يجوز اسقاطه كله أو بعضه أو رهنه . م ٤٨ — اذا لم يقم المنتفع بأرض خراجية بدفع الخراج ، جاز حرمانه من الانتفاع بها ، بشرط مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين . م ٤٩ — عدم القيام بسداد أموال الأراضى المملوكة الرقبة للميرى يترتب عليه فقط أن يباع بالطريق الجبرى جزء من حق الانتفاع بالأرض بقدر ما يكفى لسداد تلك الأموال . م ٥٠/٢ — ومن له حق انتفاع فى أراض خراجية أو ابعادية يسقط حقه فى الانتفاع ، اذا ترك الأرض بدون زراعة مدة خمس سنوات ، ويشهر حق الانتفاع فى المزاد بالتطبيق للوائح . م ١٠٥ — يكتسب حق الانتفاع فى الأراضى الخراجية بوضع اليد مدة خمس سنوات ، بشرط أن يكون واضع اليد قائما بزراعتها .

ثم صدر التقنين المدنى الأهلى فى سنة ١٨٨٣ ، وجاء فى المادة ٦ منه ما يأتى : « تسمى ملكا العقارات التى يكون للناس فيها حق الملك التام ، وتعتبر فى حكم الملك الأطيان الخراجية التى دفعت عنها المقابلة اتباعا للمنصوص بلائحة المقابلة وبالأمر العالى الصادر بتاريخ ٦ يناير سنة ١٨٨٠ » .

وفى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ صدر أمر عال يجعل جميع الأطيان الخراجية ، حتى التى لم تدفع عنها المقابلة أو جزء منها ، مملوكة ملكية

= القانون المذكور (قانون المقابلة) المتعلق بجعل حقوق ملكية الأطيان للذين دفعوا عنها المقابلة تبقى مرعية الاجراء والعمل ، ودفع جزء من المقابلة يكفى للاستحواذ على حقوق الملكية التامة . وانظر ايضا بند (٨٧) من قانون التصفية الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٨٨٠ .

تامة لأصحابها (١) • ومن ذلك الوقت ألغي الفـرق ما بين الأراضى المملوكة والأراضى الخراجية ، وأصبحت جميع الأراضى فى مصر مملوكة ملكية تامة لأصحابها • وتمت بذلك حلقات تطور طويل ، مرت عليهـا ملكية الأراضى فى مصر •

٢٩٤ ــ الاتجاهات الحديثة بالنسبة الى حق الملكية :

ويبدو أن الاتجاهات الحديثة بالنسبة الى حق الملكية الفردية أخذت الآن تنعكس عما كانت عليه من قبل • ففى حين أن الملكية الفردية كانت تقوى وتتسـع طوال القـرن التاسـع عشر والربع الأول من القـرن العشرين ، اذا بها فى الوقت الحاضر ترجع القهقرى تحت ضغط التيارات الاشتراكية والمذاهب الاقتصادية التى تناصر تدخل الدولة فى تنظيـم الملكية الفردية والحياة الاقتصادية بوجه عام •

---

(١) وهذا هو نص الأمر العالى المشار اليه : « بعد الاطلاع على المادة الخامسة من امرنا الصادر فى ٦ يناير سـنة ١٨٨٠ بالغاء المقـابلة : بنـد ١ ــ اعتبارا من هذا التاريخ يكون لأرباب الأطيان الخراجية التى لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة فى اطيانهم ، أسوة بأرباب الأطيان التى دفعت عنها المقـابلة بتمامها او جزء منها . بند ٢ ــ تلغى جميع الأوامر والقوانين السابقة المخالفة لأحكام هـذا الأمـر » .

ولما كان هذا الأمر العالى يعدل من احكـام المادة ٦ من التقنين المدنى الأهلى ، فقد صدر امر عال فى ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ بتعديل المادة ٦ المذكورة على الوجه الآتى : « بعد الاطلاع على المادة السادسة من القانون المتبع لدى المحاكم الأهلية المصدق عليه بالأمر العالى الصادر فى ٢٦ ذى الحجة سـنة ١٣٠٠ (٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣) » ــ وبعد الاطلاع على المادة الخامسة من الأمر العالى الصادر فى ٦ يناير سنة ١٨٨٠ بالغاء قانون المقابلة ، المصرح فيها بان تبقى جميع احكام القانون المذكور المتعلقة بجعل حقوق ملكية الأطيـان للذين دفعوا عنها المقابلة مرعية الاجراء والعمل ، وبأن دفع جزء من المقابلة يخول حقوق الملكية التامة فى الأطيان المذكورة ــ وبعـد الاطلاع على الأمر العالى الصادر فى ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ الذى جعل لأرباب الأطيان الخراجية التى لم تدفع عنها المقابلة حقوق الملكية التامة فى اطيانهم اسوة أرباب الأطيان التى دفعت عنها المقابلة بتمامها أو جزء منها : م ١ ــ عدلت المادة السادسة من القانون المدنى الأهلى بالكيفية الآتية : يسمى ملكا العقارات التى يكـون للناس فيها حق الملك التام ، بما فى ذلك الأطيان الخراجية » .

وبالرغم من أن التقنين المدنى المختلط لم يعدل كما عدل التقنين المدنى الأهلى ، الا أن المحاكم المختلطة قضت باعتبار جميع الأطيان ملكا ، لا فرق =

ويمكن تلخيص هذه الاتجاهات الحديثة ، التى تسود الآن كثيرا من بلاد العالم (١) ، فيما يأتى (٢) :

١ — استكثرت القوانين فى مختلف بلاد العالم من القيود التى تحيط بالملكية الفردية ، وبخاصة بالملكية العقارية وملكية الأرض . وتغلبت فى النهاية النزعة الحديثة التى تجعل للملكية وظيفة اجتماعية ، ولا تقصرها على أن تكون حقا ذاتيا يستأثر به صاحبه ويتصرف فيه على مقتضى هواه .

٢ — لم تقتصر الدولة على الاستكثار من قيود الملكية ، بل سارت خطوات أسرع بكثير من ذلك . فأخذت تستولى على الملكيات الفردية فى سبيل المصلحة العامة ، تارة باسم الاصلاح الزراعى ، وطورا تحت راية التأميم الذى اتسع نطاقه اتساعا كبيرا فى الوقت الحاضر فى كثير من بلاد العالم .

٣ — وتشجع الدولة فى الوقت الحاضر الملكيات الصغيرة ، فتفتت الملكيات الكبيرة وتجزئها الى ملكيات صغيرة توزعها على صغار الفلاحين، وهذه هى مهمة قوانين الاصلاح الزراعية . وهذا بالنسبة الى الأراضى الزراعية ، أما بالنسبة الى المبانى فان الدولة تعمد عادة الى تزويد الأسر بمساكن يختصون بها ، فتستكثر من تشييد المبانى التى تخصصها لسكنى العمال بل ولسكنى الطبقات المتوسطة ، وتنظم ملكية الطبقات حتى يتيسر للأسرة أن تملك طبقة خاصة بها فى مبنى متعدد الطبقات .

= فى ذلك بين الأطيان الخراجية ، سواء ادفعت عنها المقابلة ام لم تدفع ، وبين الأطيان العشورية .

انظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٩ ص ٩٧ والأحكام المشار اليها فى هامش رقم ١ .

(١) وهذا غير البلاد ذات النظم الشيوعية ، فهذه النظم لا تعترف بالملكية الفردية الا فى حدود ضيقة ، اخصها المنقولات الشخصية ومنازل السكنى . أما الأرض والآلات وغيرها من وسائل الانتاج ، فهى فى هذه النظم لا يجوز أن تكون محلا للملكية الفردية .

(٢) انظر مازو فقرة ١٣٠٣ .

٤ — وفى الوقت الذى تنحسر فيه الملكية الفردية عن الأرض والعقار بوجه عام ، اذا بها تمتد وتتسع رقعتها فى المنقول . وقد تناولت الملكية الفردية كثيرا من المنقولات المستحدثة ، كالأسهم والحصص والأوراق المالية بوجه عام ، وما يسمى عادة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية ، وقد رأينا أن التكييف الصحيح لهذه الملكية الحديثة هو أنها حقوق عينية منقولة تقع على أشياء غير مادية (١) .

٢٩٥ — التعديلات الجوهرية التى أدخلها التقنين المدنى الجديد فى حق الملكية :

واذا قارنا التقنين المدنى السابق فى حق الملكية بالتقنين المدنى الجديد ، نجد أن التقنين المدنى الجديد استحدث تعديلات جوهرية يمكن اجمالها — كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى — فى أمرين :

« أولا — جاء التقنين المدنى الحالى (السابق) مقتضبا كل الاقتضاب فى حق يعتبر من أهم الحقوق فى القانون . فهو لم يخصص لحق الملكية الا نصا يعرفه فيه ويذكر ما يعد من ملحقاته ، ونصا آخر يشير الى الملكية المعنوية . فاذا ضممنا الى هذين النصين النصوص الأخرى التى وردت فى حق الارتفاق ، وهى نصوص تتعلق بالقيود القانونية الواردة على حق الملكية ، استنفدنا بذلك كل النصوص التى وردت فى التقنين الحالى (السابق) خاصة بهذا الحق . أما المشروع (التقنين المدنى الجديد) فقد عرف حق الملكية تعريفا استجمع فيه عناصر هذا الحق وقيوده . وأعقب التعريف بنصوص تحدد نطاق الملكية تحديدا يتمشى مع أحدث التطورات العلمية . وعزز ذلك بتقرير حماية هذا الحق ، فلا يجوز أن يحرم أحد ملكه الا فى الأحوال التى قررها القانون

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٦ — وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٥ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ٩٦٢ .

وبالطريقة التى رسمها • وانتقل المشروع (التقنين المدنى الجديد) بعد ذلك الى ما يرد على الملكية من قيود •• وانتقل المشروع (التقنين المدنى الجديد) بعد ذلك الى أنواع خاصة من الملكية ، وذكر منها الملكية الشائعة وملكية الطبقات ••• » •

« ثانيا — لم يخلع المشروع (التقنين المدنى الجديد) على حق الملكية هذه الصفة المطلقة التى نص عليها التقنين الحالى (السابق) ، بل نبذها الى فكرة أخرى هى الآن الفكرة المتغلبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تطور حق الملكية • فليس هذا الحق مطلقا لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب الى المالك أن يقوم بها ، ويحميه القانون مادام يفعل • أما اذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته ••• » (١) •

٢٩٦ — خطة البحث :

نجعل كلامنا فى حق الملكية فى أبواب ثلاثة :

الباب الأول — حق الملكية بوجه عام ، نطاقه ووسائل حمايته •

الباب الثانى — القيود التى ترد على حق الملكية •

الباب الثالث — الملكية فى الشيوع •

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦ — ص ١٠ — وانظر فى تنظيم الملكية فى التقنين المدنى الجديد ومقارنته بالتقنين المدنى القديم محمد على عرفة فقرة ١٥٣ : وقد فصل عيوب التقنين القديم ومزايا التقنين الجديد فى الشكل وفى الموضوع •

الباب الأول

حق الملكية بوجه عام

نطاقه ووسائل حمايته

الفصل الأول

حق الملكية بوجه عام

٢٩٧ — تعريف حق الملكية :

تنص المادة ٨٠٢ مدنى على ما يأتى :

« لمالك الشيء وحده ، فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » (١) .

---

(١) **تاريخ النص :**
ورد هذا النص فى المادة ١١٦٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لمالك الشيء ، ما دام ملتزما حدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به ، وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » . وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « لمالك الشيء وحده ، فى حدود القانون ، حق استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ، على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » ، وأصبح النص رقمه ٨٧٠ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب استبدلت عبارة « حق استعماله » بعبارة « حق استعمال الشيء » ، وأصبح رقم المادة ٨٦٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على المادة من ناحية التعبير فيها بأن حق الملكية وظيفة اجتماعية ، وقال ان فى هذا التعبير تصويرا لمذهب فلسفى . فرد ممثل الحكومة على هذا الاعتراض بأن هذه الصفة هى المتغلبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تصور حق الملكية ، فليس هذا الحق مطلقا لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب الى المالك القيام بها ، ويحميه القانون ما دام يفعل . أما اذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان : ١ — حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هى التى تقدم . ٢ — حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك ، فان هذه المصلحة هى التى تقدم بعد ان يعوض المالك تعويضا عادلا . فوافقت اللجنة على النص ، على ان تعود اليه للنظر فى هذا التعبير الجديد . وفى جلسة تالية حذفت اللجنة عبارة على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية ، لأنها أشكل بالايضاحات الفقهية ، وان فى التطبيقات =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٧/١١ (١) .
ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٦٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨١١ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٤٨ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى المادة ١١ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨١٠ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠١٨ (٢) .

ويمكن أن يستخلص تعريف حق الملكية من هذا النص . فيقال ان

= التى اوردها المشروع ما يغنى عنها » . واصبحت المادة بذلك مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٨٠٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣ — ص ١٦) .

(١) ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٢٧/١١ التى جرى نصها بما يأتى : « الملكية هى الحق للمالك فى الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة ... » أى جعل حق الملكية حقا مطلقا ، فى حين ان التقنين المدنى الحالى جعل حق الملكية وظيفة اجتماعية .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٦٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٤٨ : الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه ، عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة.
(ويتفق هذا مع التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١١ : الملكية العقارية هى حق استعمال عقار والتمتع والتصرف به ، ضمن حدود القوانين والقرارات والأنظمة . وهذا الحق لا يجر الا على العقارات الملك . (وهذا يتفق مع التقنين المصرى — وانظر فى حق الملكية بوجه عام فى القانون اللبنانى : حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن سنة ١٩٦٥ مذكرات على الآلة الكاتبة ص ٧١ — ص ٨٩) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨١٠ : لمالك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه ، فى حدود القانون .

(وأحكام التقنين الكويتى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠١٨ : — حق الملكية هو سلطة المالك فى أن يتصرف فى ملكه تصرفا مطلقا عينا ومنفعة واستغلالا : ٢ ولمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعا .

(وأحكام التقنين الأردنى تتفق فى عمومها مع التقنين المصرى) .

حق ملكية الشىء هو حق الاستئثار بأستعماله وباستغلاله بالتصرف فيه على وجه دائم ، وكل ذلك فى حدود القانون •

وقد كان التقنين المدنى السابق يعرف حق الملكية ، فى المادة ١١/٢٧ منه . على الوجه الاتى : « الملكية هى الحق للمالك فى الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة ••• » • فكان حق الملكية فى التقنين المدنى السابق . على غرار حق الملكية فى التقنين المدنى الفرنسى ، حقا مطلقا (absolu) • ولم يشأ التقنين المدنى الجديد ، مسايرا فى ذلك الاتجاهات الحديثة . أن يجارى التقنين المدنى السابق فى جعل حق الملكية حقا مطلقا • فتجنب فى النص أن يصفه بهذا الوصف ، وزاد على ذلك بأن صرح بأن الحق مقيد اذ المالك يجب أن يلتزم حدود القانون • بل ان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٠٢ مدنى كان ينص صراحة على أن لحق الملكية وظيفة اجتماعية ، اذ كان يقول : « لمالك الشىء ، ما دام ملتزما حدود القانون ، أن يستعمله . وأن ينتفع به ، وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير . بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » • وبقى النص محتفظا بمعنى الوظيفة الاجتماعية فى المشروع النهائى وفى المشروع الذى أقره مجلس النواب ، حتى اذا قدم المشروع للجنة مجلس الشيوخ حذفت اللجنة عبارة « على أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » « لأنها أشكل بالايضاحات الفقهية ، وان فى التطبيقات التى أوردها المشروع ما يغنى عنها » • وقد قال ممثل الحكومة أمام لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد ما يأتى : « ان هذه الصفة (الصفة الاجتماعية لحق الملكية) هى المتغلبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تصور حق الملكية • فليس هذا الحق مطلقا لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب الى المالك القيام بها ، ويحميه القانون مادام يفعل • أما اذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته • ويترتب على ذلك نتيجتان : ١ — حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هى التى تقدم • ٢ — حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة

هى أولى بالرعاية من حق المالك ، فان هذه المصلحة هى التى تقدم بعد أن يعوض المالك تعويضا عادلا » • ولم يكن أعتراض لجنة مجلس الشيوخ على العبارة وحذفها اياها على أساس أن اللجنة لا تشارك فى الرأى القائل بأن لحق الملكية وظيفة اجتماعية ، بل لأن « فى هذا التعبير تصويرا لمذهب فلسفى » كما قال رئيس اللجنة ، ولأن العبارة « أشكل بالايضاحات الفقهيه • وان فى التطبيقات التى أوردها المشروع ما يغنى عنها » كما قالت اللجنة ذاتها (١) • فيجب التسليم اذن بأن عبارة « بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » ، وان حذفت فى لفظها ، لا تزال باقية فى معناها •

وقد قضت محكمة النقض بأنه لئن كان مفاد المادة ٨٠٢ و ٨٢٣ من القانون المدنى — وعلى ما أفصح عنه المشرع فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى — أن الملكية ليست حقا مطلقا لا حد له ، بل هى وظيفة اجتماعية يطلب الى المالك القيام بها ويحميه القانون ما دام يعمل فى الحدود المرسومة لمباشرة هذه الوظيفة • أما اذا خرج على هذه الحدود فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته ، ويترتب على ذلك انه حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة فالمصلحة العامة هى التى تقدم (٢) •

ومن ثم نستخلص من نص المادة ٨٠٢ مدنى سالفة الذكر أمرين :

١ — أن لحق الملكية عناصر وخصائص أشار الى أكثرها النص (٣)•

(١) انظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣ وص ١٥ — ص ١٦ •

(٢) نقض مدنى فى ١٣ يونية سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ٣٢٢ صفحة ١٧٩٥ •

(٣) ولحق الملكية أوصاف (modalités) ، كما هو الأمر فى الالتزام • واهم أنواع الملكية الموصوفة :

(أ) الملكية غير الجائز التصرف فيها (propriété inaliénable)، وهى الملكية المقترنة بالشرط المانع من التصرف ، وسيأتى بحثها (انظر ما يلى فقرة ٣٠٧ — فقرة ٣٢٣) •

(ب) الملكية فى الشيوع (propriété indivise)، وسنفرد لها بابا مستقلا لاهميتها (انظر الباب الثالث من هذا القسم) •
=

٢ — وأن لحق الملكية وظيفة اجتماعية (١) . ونتناول بالبحث هذين الأمرين على التعاقب .

= (ج) الملكية القابلة للفسخ (propriété résoluble) ، وابرز صورها الملكية المعلقة على شرط فاسخ . وقد سبق بحث الشرط فى الكلام فى نظرية الالتزام بوجه عام . وبينا هناك أن الشرط كما يلحق الالتزام يلحق الملكية والحقوق العينية الأخرى ، وفصلنا أحكام الشرط ، فنحيل هنا الى ما قدمناه هنـاك (الوسـيط الجـزء الثالث ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٤ وما بعدها) .

(د) الملكـية الظـاهرة (propréte apparente) ، وهى ملكية قائمة على مجرد المظهر . وقد سبق أن بحثنا تطبيقات مختلفة للحقوق التى يولدها المظهر . من ذلك الوكالة الظاهرة والاسم المستعار أو المسخر (انظر الجزء السابع من الوسيط)، ومن ذلك الصورية (انظر الجزء الثانى من الوسيط) ومن أهم هذه التطبيقات أيضا المالك الظاهر (propriétaire apparent) ، ويتمثـل غالبـا فى الوارث الظاهر (propréte apparente) وتقوم تصرفاته عـلى المبـدأ القاضى بأن الغلط الشـائع ينشىء الحق (error communis facit jus). فمتى شاع بين الناس ان شخصا يملك الشىء ولم يكن هو المالك الحقيقى — كغير الوارث يضع يده على التركة باعتبار أنه هو الوارث ثم يظهر الوارث الحقيقى ، وكموصى له يستولى على الشىء الموصى به ثم يتبين أن الوصـية باطلة او أن وصية لاحقة قد الغتها — فان من يتعامل معه بحسن نية باعتبار أنه هو المالك يحميه القانون ، ويشترط أن يكون الغلط عاما شائعا بين الناس (erreur générale) وأن يكون مما يتعذر كشفه ولو بفحص دقيـق (erreut invinicible) : انظـر نقض فرنسي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٥ داللوز ١٩٣٥ — ١ — ٩٧ — ١٩ مارس سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٦ II ٣١٢٥ — ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٦٠ Som. ٦٥ — ٣ ابريل سنة ١٩٦٣ داللوز ١٩٦٤ — ٣٠٦ ولكن لايشترط أن يكون المالك الظاهر نفسه حسـن النية أى يعتقد أنه المالك ، وان كان يشترط أن من يتعامل معه يكون حسـن النية أى يعتقد ان المالك الظاهر هو المالك الحقيقى . وعند ذلك يعتبر تصرف المالك الظاهر للغير حسن النية تصرفا صحيحا نافذا فى حق المالك الحقيقى، أما فى العلاقة فيما بين المالك الظاهر والمالك الحقيقى ، فان المالك الحقيـقى يرجع على المالك الظاهر بالشىء عينا أو بثمنه ، واذا كان المالك الظاهر سىء النية فان المالك الحقيقى يرجع عليه أيضا بالتعويض . ويتملك المالك الظاهر الثمار بالقبض اذا كان حسن النية ، وذلك طبقا للقواعد العامة .

ونكتفى ، فى كل من الملكية القابلة للفسخ والملكية الظاهرة ، بالاحالة الى : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٣١ — فقرة ٢٤٨ — بلانيول وريبـير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٢٨ — فقرة ٢٧٤١ — مازو فقرة ١٣٩٥ — فقرة ١٤٠٨ — مارتى ورينو فقرة ٤٥ — فقرة ٤٦ — كاربونييه ص ٩٣ — ص ٩٥ — وانظر فى أوصاف الحق العينى شفيق شحاتة فقرة ١٣٢ (وهامش ص ١٥١ — ص ١٥٢) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية المشروع التمهيدى فى صدد المادة ٨٠٢ مدني: «جمع هذا التعريف عناصر الملكية الثلاثة ، وهي حق الاستعمال=

الفرع الأول

عناصر حق الملكية وخصائصه

المبحث الأول

عناصر حق الملكية

٢٩٨ — الاستعمال والاستغلال والتصرف :

رأينا أن المادة ٨٠٢ مدنى تجعل عناصر حق الملكية ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف • وقدمنا (١) أن حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقا • فمن له حق الملكية على شىء كان له حق استعماله (jus utendi) وحق استغلاله (jus fruendi) وحق التصرف فيه (jus abutendi)، وبذلك يستجمع كل السلطات التى يعطيها القانون للشخص على الشىء ، فلا يكون الحق فى الشىء حق ملكية اذا منع صاحب الحق من استعمال هذا الشىء • أو من استغلاله على نحو دائم ، كذلك لايكون الحق حق ملكية اذا منع صاحبه من التصرف فى الشىء منعا أبديا وانما يجوز أن يمنع من التصرف فيه لمدة معينة وسيأتى تفصيل ذلك •

ولما كان الاستعمال والاستغلال يقربان أحدهما من الآخر ، فكلاهما استعمال للشىء ، فاذا استعمل المالك الشىء بشخصه سمى هذا استعمالا واذا استعمله بواسطة غيره فى مقابل أجر يتقاضاه من الغير سمى هذا

= وحق الاستغلال وحق التصرف ، وتوقى ان يصف الملكية بأنها حق مطلق كما فعل التقنين الحالى (السابق) (م ١١ فقرة أولى / ٢٧) ، بل صرح بأن للملكية وظيفة اجتماعية ، كما فعل المشروع الايطالى . على أن الملكية اذا لم تكن حقا مطلقا فانها حق محصور على المالك . وهــذا ما عبر عنه فى التعريف بأن المالك يتمتع بملكه دون أى تدخل من الغير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤) •

(١) انظر آنفا فقرة ٢٩١ •

استغلالا ، وقد يستغل المالك الشيء مباشرة بنفسه ، لذلك نجمع بين الاستعمال والاستغلال فى مطلب واحد . وفى المطلب الثانى نتكلم فى التصرف وهو من أهم مميزات حق الملكية ، وتقترن به بحث الشروط الارادية المانعة من التصرف .

المطلب الأول

الاستعمال والاستغلال

٢٩٩ — الاستعمال :

يخول حق الملكية صاحبه أن يستعمل الشيء فى كل ما أعد له هذا الشيء ، وفى كل ما يمكن أن يستعمل فيه .

فيستطيع أن يستعمل الشيء استعمالا شخصيا ، فاذا كان الشيء منزلا كان له ان يسكنه ، أو سيارة كان له أن يركبها ، أو ملابس كان له أن يرتديها ، أو مجوهرات كان له أن يحملها ، وقد يصل فى الاستعمال الى ابعد حد ، فيستهلك الشيء ، كما اذا كان طعاما فيأكله ، أو حديقة فيأكل ثمرها ، واستهلاك الشيء على هذا النحو قد يوصف بأنه تصرف مادي فيه . ويطلق اصطلاح (jus abutendi) عادة على كل من التصرف المادي والتصرف القانوني (١) ، ولكننا نفضل أن نقصر التصرف ، فيما سيأتى ، على التصرف القانونى الناقل للملكية أو للحقوق العينية ، وقد لا يستعمل المالك الشيء بنفسه ، بل يدعو غيره الى استعماله تبرعا دون مقابل ، كما اذا دعا الغير للصيد والقنص فى أرضه ، أو استضاف الغير

---

(١) وعلى ذلك فالشيء القابل للاستهلاك ، واستعماله يكون باستهلاكه ، يختلط فيه الاستعمال والتصرف ويعتبران شيئا واحدا (ماركادى وبنسو فقرة ٤٠ ص ٤٨) — ويستوى أن اخترنا هذا الرأى أو ميزنا بين التصرف المادى والتصرف القانونى ، فان النقود يختلط فيها دائما الاستعمال بالتصرف ويصبحان شيئا واحدا ، لأن النقود انما يكون استعمالها بصرفها أى بالتصرف فيها تصرفا قانونيا .

مدة من الزمن ، أو أنشأ ملجأ أو مصحة أو مستشفى على وجه التبرع دون أن يقصد استغلال شيء من ذلك .

ويعتبر من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في ملكه ، كما اذا رمم منزله ، أو أعاد بناءه بعد أن كاد ينهدم، أو سوى الأرض الزراعية فجعلها صالحة للزراعة ، أو حفر الترع والمصارف في الأرض الزراعية ، أو سور الأرض أو أقام حوائط على جوانبها أو حفر خنادق على حدودها . أو أصلح السيارة او قام بتربيتها او تشحيمها .

وقد قضت محكمة النقض بأن من المقرر في قضائها ان للمالك الحقيقي أن يطلب طرد المشترى من الغير من ملكه ، لأن يده تكون غير مستندة الى تصرف نافذ في مواجهته ، كما أن له أن يطلب ريع ملكه من هذا المشترى عن المدة التي وضع يده فيها عليه (١) .

ويتميز استعمال المالك من استعمال غير المالك كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة . في أن المالك قد يصل في استعمال الشيء الى حد اتلافه اذا أراد ذلك ، فله أن يقلع الاشجار . ويهدم المباني ، ويتلف السيارة . ولا حد لسلطته في ذلك الا ما يفرضه القانون عليه من قيود والا أن يحجز عليه لسفه أو لمرض عقلي . أما المنتفع والمستأجر والمرتهن حيازة فهؤلاء لايجوز لهم في استعمالهم للشيء أن يتلفوه ، بل يجب عليهم أن يحافظوا عليه حتى يردوه سليما للمالك .

٣٠٠ — قيود الاستعمال :

ولكن المالك نفسه يتقيد مع ذلك ، في استعماله للشيء . بالقيود التي فرضها القانون كما سبق القول ، مثل ذلك أنه لايجوز للمالك أن يفتح مطلا على جاره الا على مسافة معينة حددها القانون ، وليس له

---

(١) نقض مدني في ٣١ مايو سنة ١٩٨٤ ، مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢٩٥ صفحة ١٥٣٩ .

أن يقيم بناء خارج عن خط التنظيم ، وليس له أن يستعمل ملكه استعمالا من شأنه أن يضر بالجار ضررا غير مألوف .

ولكن يبقى مع ذلك فرق بين المالك وغير المالك . حتى فى القيود التى يفرضها القانون ، فالأصل فى المالك أن كل استعمال ، أيا كان ، مباح له ، الا استعمالا يحرمه القانون ، أى أن الأصل هو الاباحة والتحريم هو الاستثناء . أما غير المالك كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة . فالأصل فى هؤلاء أن كل استعمال محرم عليهم الا ما أباحه القانون . أى أن الأصل هو التحريم والاباحة هى الاستثناء .

٣٠١ — عدم الاستعمال كالاستعمال حق للمالك :

وكما أن للمالك أن يستعمل ملكه كما يشاء . كذلك له ألا يستعمله . فاذا كان له منزل فان له ألا يسكنه . وأن يتركه خاليا دون أن يؤجره الا اذا تدخل القانون وفرض على الملاك اسكان منازلهم اذا لم يسكنوها بأنفسهم (١) . واذا كان للمالك سيارة فان له ألا يركبها ، ولا يدع

---

(١) وقد نصت المادة ١١ من قانون ايجار الأماكن الأسبق رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على أنه « لا يجوز ابقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد على ثلاثة أشهر اذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالأجرة القانونية .

وقد نص قانون ايجار الاماكن الحالى رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى الفقرات ٢ و ٣ و ٤ من المادة ٨ على انه « ولا يجوز ابقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد على اربعة اشهر اذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالاجرة القانونية . ويعتبر فى حكم ابقاء المساكن خالية التراخى عمدا من اعدادها للاستغلال ، وفى هذه الحالة يجوز للمحافظ المختص التنبيه على المالك بكتاب موصى عليه بعلم وصول لاعداد البناء للاستغلال فى المهلة التى يحددها له ، فاذا انقضت هذه المهلة دون ذلك كان للمحافظ ان يعهد الى احدى الجهات القيام باعداد البناء للاستغلال على حساب المالك وفقا للقواعد التى يصدر بها قرار من وزير الاسكان والتعمير ، ويكون للمبالغ المستحقة لهذه الجهة حق امتياز على المبنى الذى تمت باستكماله من ذات مرتبة الامتياز المقرر بالمادة ١١٤٨ من القانون المدنى . ويكون للجهة المشار اليها تأجير وحدات المبنى التى لم يسبق تأجيرها واقتضاء اجرة وحدات المبنى جميعه الى ان تستوفى المبالغ التى انفقتها والمصروفات الادارية ، ويحق للمالك ان يحصل على ٢٠٪ من تلك الاجرة شهريا » .

غيره يستعملها بأجر أو بغير أجر ، واذا كان له أن يتلف السيارة فأولى أن يتركها دون استعمال . واذا كان له أرض زراعية فان له ألا يزرعها ، وألا يسلمها لغيره لزراعتها بأجر أو بغير أجر ، الا اذا فرض القانون عليه شيئا من ذلك (١) . ذلك أن فى طبيعة الانسان من حب الكسب ما يكفى لدفعه الى استغلال ملكه أو استعماله ، دون حاجة فى الكثرة الغالبة من الاحوال الى تدخل المشرع .

وللمالك أن يترك ملكه ، وهذا مايسمى بالترك (abandon) . فـاذا كان الشىء منقولا وتركه المالك ، فانه يصبح مالا لا مالك له ، ويستطيع أى شخص أن يستولى عليه فيتملكه بالاستيلاء ، واذا كان الشىء عقارا فان للمالك أن يتركه ، وبخاصة اذا أراد التخلص بتركه من التزام عينى مفروض على العقار ، وذلك دون أن يفقد ملكيته الى أن يتملكه شخص آخر ، مثل ذلك أن يخلى الحائز للعقار عن العقار المرهون حتى يتخلص من دعوى الرهن ، وهذه التخلية (délaissement) تجعل اجراءات نزع الملكية لا توجه الى الحائز ، بل الى حارس يعين لهذا الغرض .

٣٠٢ — الاستغلال :

ويخول حق الملكية صاحبه ، الى جانب استعمال الشىء ، استغلاله .

والاستغلال قد يكون استغلالا مباشرا ، مثل ذلك أن يزرع الأرض مالكها ، ويجنى ثمارها ، والصيد والقنص ، وقد اعتبرناهما استعمالا للملك ، يمكن أيضا اعتبارهما استغلالا مباشرا . ومالك السيارة يستغل سيارته استغلالا مباشرا ، اذا خصصها لركوب الجمهور

---

(١) وقد صدرت فى فرنسا ، فى خلال الحرب العالمية الثانية ، سلسلة من القوانين تجبر المالك على استغلال ارضه : قانون ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٠ — قانون ٢٧ اغسطس سنة ١٩٤٠ — قانون ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ — قانون ٢٧ مايو سنة ١٩٤١ — قانون ٩ مارس سنة ١٩٤١ — قانون ١٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ — قانون ١٩ فبراير سنة ١٩٤٢ — قانون ٢٣ مايو سنة ١٩٤٣ — قانون ٢٢ مايو سنة ١٩٤٤ — انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٠٩ وفقرة ٣٠٢١ .

واستعملها كتاكسى . وقد يستغل مالك المحجر محجره باستخراج الأحجار منه بنفسه ، فيكون استغلالاً مباشراً ،

وقد يكون الاستغلال استغلالاً غير مباشر ، والاستغلال غير المباشر يكون عن طريق جعل الغير يجنى ثمار الشيء ويدفع مقابل الثمار للمالك . والمالك يقوم ، فى استغلاله للشيء استغلالاً غير مباشر ، بعمل قانونى من أعمال الادارة ، فمالك المنزل يؤجره للغير ، فيجنى ثماره المدنيه فى صورة الاجرة . ومالك الأرض الزراعية يؤجرها لمن يزرعها ويقبض الأجرة هو أيضاً وهذه هى غلة الارض ، وقد يؤجر المالك الأرض الزراعية مزارعة ، فيحصل على جزء من المحصول هو غلة الأرض بالنسبه اليه ، دون أن يقوم نفسه بالزراعة . وقد يستغل المالك المياه المعدنية الموجودة فى أرضه ، بأن يبيعها للناس ويقبض ثمنها ويعتبر هذا الثمن غلة ملكه ، وقد يستغل صاحب السيارة سيارته بتأجيرها الى سائق يستعملها لركوب الجمهور ، والمال الذى يقبضه من السائق هو غلة السيارة .

والاستغلال يمتد الى جميع ما يمتد اليه نطاق حق الملكية ، وسنرى أن هذا النطاق يشمل الثمار والمنتجات ، كما يشمل العلو والعمق . فالمالك له ثمار الأرض سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية . والثمار المدنية هي التي يتمثل فيها الاستغلال ، وللمالك أن يستغل العلو ، فيؤجره مثلا لمن يبني فيه ويتقاضى أجرة من مالك هذا البناء . كما له أن يستغل العمق ، كما فى حالة المناجم والمحاجر مع مراعاة التشريعات التى صدرت فى هذا الشأن (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقرر أن لمالك الشيء الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته مما مفاده ولازمه أن ريع الشيء يعتبر أثرا من آثار الملكية ونتيجة لازمة لها ومن ثم فان الحق فيه يعتبر تابعا لحق الملكية ويجمعهما فى ذلك مصدر واحد ، لما كان ذلك فان دعوى المطالبة بتثبيت ملكية الشيء تعتبر قاطعة للتقادم بالنسبة للمطالبة بريعه ما دامت تلك الدعوى قد دلت ذاتها على التمسك الجازم بالحق المراد اقتضاؤه ، هو حق الملكية — وما الحق به =

٣٠٣ — قيود الاستغلال :

ويرد على الاستغلال ، كما يرد على الاستعمال ، قيود يفرضها القانون • من ذلك ما يفرضه قانون ايجار الأماكن من تعيين حد أقصى للاجرة التى يتقاضاها المالك من المستأجر ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر فى العين حتى بعد انتهاء الايجار ، فلا يستطيع طلب اخلاء العين الا لأسباب معينة حددها القانون ، ومن ذلك ما يفرضه قانون الاصلاح الزراعى من تحديد أجرة الأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر للأرض فى جزء منها (١) •

وفى المزارعة لايجوز للمالك أن يأخذ أكثر من نصف المحصول ، ويجب أن يبقى للمزارع نصف المحصول على الاقل ، وقد يضع القانون قيودا على زراعة الأرض ، فيحدد مثلا المساحة التى يجب أن تزرع قطنا ، ويحظر زراعة الأرز الا فى مناطق معينة • واذا أراد المالك استغلال محل مقلق للراحة أو ضار بالصحة ، وجب عليه استيفاء شروط معينة والحصول على ترخيص ادارى • كذلك اذا أراد المالك استغلال صيدلية، وجب عليه أن يقيم فيها صيدليا مؤهلا ، الى غير ذلك من قيود متنوعة ترد على الاستغلال •

وقد قضت محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة أن حق المواطنين فى الملكية هو حق اصيل كفله الدستور ولايجوز المساس به الا فى الحدود

= من توابعه — وهو الريع الذى يجب لزوما بوجوبه ويسقط لسقوطه (نقض مدنى فى ١٧ ابريل سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ و ١٩٥ صفحة ١٠٢٧) •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادتين ٨٠٢ و ٨٠٦ من القانون المدنى على ان « للمالك الشىء فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، وأن يراعى فى ذلك ماتقضى به القوانين والمراسيم واللوائح ... » ؛ يدل على أن استعمال حق الملكية كان وما يزال مقيدا بمراعاة احكام القانون ومن ثم فلايكون للقيود التى اوجبها قانون الاصلاح الزراعى اى تأثير على عقود بيع الاراضى الزراعية القائم وقت صدوره (نقض مدنى فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة ٢٤ رقم ٢٢٧ صفحة ١٣٢٠) •

التى نظمها القانون ، ومن ثم فلايجوز الحرمان منه أو تقييده الا فى الأحوال التى أجازها القانون وبالاجراءات التى رسمها لذلك • وأن حق الملكية الخالص يعطى المالك الحق فى الانتفاع والاستغلال والتصرف فى الاطار القانونى ، وأن من صور الاستغلال تأجير العقار المملوك للغير والانتفاع بالقيمة المؤجرة وحقه فى اختيار شخصية المستأجر جزء لايتجزأ من حقه فى الاستغلال ، وعليه فحرمانه من هذا الحق وقيام الاصلاح الزراعى باحلال نفسه محل المالك فى تأجير اطيانه ، ينطوى على حرمانه من حقه فى الاستغلال وبالتالى يعد اعتداء على ملكيته (١) •

٣٠٤ — عدم الاستغلال كالاستغلال حق للمالك — احالة :

وقد قدمنا فى الاستعمال أن عدم الاستعمال يعدل الاستعمال ، كلاهما حق للمالك • كذلك عدم الاستغلال يعدل الاستغلال ، كلاهما حق للمالك ، فيجوز للمالك أن يدع أرضه بورا لا يزرعها ولا يؤجرها للغير، كما يجوز له أن يبقى منزله خاليا لا يسكنه ولا يؤجره للغير ليسكنه ، وذلك كله ما لم يفرض عليه القانون أن يقوم بإستغلال ملكه ، كأن يجبره على ايجار منزله الخالى ، أو يفرض عليه زراعة أرضه حتى يساهم فى

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٨ يناير سنة ١٩٦٩ فى الدعوى رقم ١٢٣٢ لسنة ٢١ قضائية ، مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها تلك المحكمة فى ثلاث سنوات من اول اكتوبر سنة ١٩٦٦ الى آخر سبتمبر سنة ١٩٦٩ رقم ٢٩٣ صفحة ٥٢٤ •

وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل أن لمالك الشيء وحده — فى حدود القانون — حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه مراعيا فى ذلك ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة او بالمصلحة الخاصة عملا بنص المادتين ٨٠٢ و ٨٠٦ من القانون المدنى مما مؤداه أن يكون للمالك أن يؤجر الأماكن التى يملكها وأن يطلب اخلاء المكان المؤجر اذا انتهت المدة المتفق عليها وقام سبب لفسخ عقد الايجار وان يختار مستأجره وأن يستعمل العين فى اى وجه مشروع ، لما كان ذلك فانه يكون للشركة المطعون ضدها باعتبارها شخصا معنويا مالكا للعقار الكائن به عين النزاع مصلحة فى اقامة الدعوى اذا اعتقدت بوجود سبب لفسخ عقد ايجار تلك العين (نقض مدنى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ رقم ٣٣٨ صفحة ١٧٣١) •

تدبير الأقوات فى أثناء الحروب أو فى الأزمات التموينية ؛ وقد سبق أن بينا ذلك فيما يتعلق بالاستعمال ، فنحيل هنا الى ما قدمناه هناك (١) •

المطلب الثاني

التصرف

والشروط الارادية المانعة من التصرف

٣٠٥ — المقصود بالتصرف معناه الضيق :

قدمنا (٢) أن الرأى السائد هو استعمال تعبير « التصرف » بمعنى واسع ، فيشمل التصرف القانونى والتصرف المادى . ويدخل فى التصرف المادى استهلاك الشىء واتلافه • ولكننا أدخلنا التصرف المادى فى نطاق استعمال الشىء ، واستبقينا للتصرف معناه المألوف . وهو التصرف القانونى الذى ينقل الملكية أو حقا عينيا آخر • فأعمال التصرف هنا تقابل أعمال الادارة فيما يتعلق بالاستغلال ، ومن ثم يكون العنصر الثالث لحق الملكية هو التصرف ، فيجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه بجميع أنواع التصرفات •

يجوز له أن ينقل ملكية الشىء الذى يملكه الى غيره ، بالبيع أو الهبة أو الشركة أو القرض أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية ، ونقل الملكية على هذا الوجه هو أوسع ضروب التصرف الذى يستطيع المالك أن يقوم بها ، فانه اذا نقل الملكية لا يستبقى من ملكه شيئا ، ويصبح غيره هو المالك ، وقد يتقاضى مقابلا لذلك كما فى البيع والشركة والقرض ، وقد لا يتقاضى مقابلا كما فى الهبة ، ويصح أن ينقل جزءا من ملكية

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٠١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٩٩ .

الشيء ، كأن يبيع نصف المنزل أو نصف الأرض ، فيصبح غير مالك للجزء الذي نقل ملكيته للغير .

كذلك يجوز للمالك ، دون أن ينقل الملكية كلها أو بعضها ، أن ينقل عنصرا أو أكثر من عناصر الملكية مع استبقاء الملكية بعد استبعاد هذا العنصر . فله مثلا أن يرتب على المنزل المملوك له حق انتفاع (usufruit) فينقل بذلك الى المنتفع عنصرى الاستعمال والاستغلال ، ويستبقى الرقبة وحق التصرف فيها ، وله أن ينقل حق الإستعمال وحده ، فلايجوز لصاحب هذا الحق الا استعمال الشيء بنفسه ، وله أن يخصص الاستعمال بالسكنى فينقل الى الغير حق السكنى ، فلايجوز لصاحب هذا الحق أن يستعمل المنزل الا لسكناه هو وأسرته . وله أن يرتب على العقار المملوك له حق ارتفاق ، ويستبقى ملكية العين خالصة له ولكنها مقيدة بحق الارتفاق هذا . ويجوز للمالك كذلك أن يرتب على العقار المملوك له حق رهن رسمي ، فيستبقى ملكية العقار خالصة له ولكنها مقيدة بحق الرهن . وهذا الحق يخول للدائن المرتهن عند حلول الدين أن يبيع العقار على مالكه جبرا ويستوفى حقه من الثمن الذى رسا به المزاد متقدما فى ذلك على سائر الدائنين الذين هم دونه فى المرتبة . ويجوز للمالك أيضا أن يرتب على العين المملوكة حق رهن حيازة ، فيستبقى ملكية العين ولكنه ينقل حيازتها الى الدائن المرتهن الذى ينوب عنه فى الاستعمال والاستغلال . ويكون للدائن المرتهن رهن حيازة ، كما للدائن المرتهن رهنا رسميا ، أن يبيع العين جبرا على مالكها عند حلول الدين ، وأن يستوفى حقه من الثمن الذى رسا به المزاد فى الترتيب الذى يخوله اياه القانون .

ويختلف التصرف فى الملكية نفسه عن التصرف فى عنصر من عناصرها فى أن التصرف فى الملكية ينقلها من المالك الى غيره ، فلا تعود له الا بسبب جديد من أسباب كسب الملكية . أما التصرف فى عنصر من عناصر الملكية ، فانه لا ينقل الملكية من المالك الى غيره ، بل يستبقى المالك ملكه ، وهو فى الكثرة الغالبة يسترد العنصر الذى تصرف فيه ، بلا سبب جديد ، بل بمجرد انقضاء حق الغير ، فالمالك ، اذا رتب على العين المملوكة

له حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق رهن ، يسترد العنصر الذى نقله الى المنتفع أو صاحب حق الاستعمال أو صاحب حق السكنى بموت هؤلاء أو بانقضاء أجل حقوقهم ، ويسترد العنصر الذى نقله الى الدائن المرتهن بوفاء الدين . وهو فى غير حاجة لاسترداد العنصر الذى نقله بالتصرف (١) . أما حق الارتفاق فقد يكون دائما دوام الملكية فلا يسترده المالك ، وقد يكون موقتا بأجل فيزول بانقضاء الأجل وتعود للمالك ملكيته كاملة .

ويلاحظ أن غير المالك من أصحاب الحقوق يستطيع هو أيضا أن يتصرف فى حقه ، فيستطيع المنتفع أن يتصرف فى حق الانتفاع (دون صاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى فهذان لا يستطيعان التصرف فى حقيهما) ، ويستطيع الدائن المرتهن أن يحول حقه المضمون بالرهن فينتقل الرهن بالحوالة الى الدائن الجديد . ولكن تصرف المالك يختلف عن تصرف غيره من أصحاب الحقوق الأخرى فى أن المالك يستطيع أن يتصرف فى رقبة الشىء ذاتها (٢) ، أما صاحب حق الانتفاع مثلا فلا يستطيع أن يتصرف الا فى حق انتفاعه ولا يستطيع أن يتصرف فى الرقبة .

وكما أن المالك يستطيع أن يتصرف فى الشىء على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، كذلك يستطيع ألا يتصرف . ولكن القانون قد يفرض

---

(١) وهناك فرق بين تصرف المالك فى عنصر الانتفاع فيرتب لغيره حق الانتفاع فى ملكه ، وبين تصرف المنتفع فى حق انتفاعه بعد أن يترتب له هذا الحق . فالمالك يتربص بالمنتفع ، وهو خلفه الخاص ، حتى يموت أو حتى ينتهى حق انتفاعه ، فيعود للمالك حق الانتفاع من تلقاء نفسه لا بسبب جديد كما قدمنا . أما المنتفع فاذا تصرف فى حق انتفاعه بالبيع مثلا ، فان المشترى لحق الانتفاع يكون خلفا خاصا للمنتفع لا للمالك ، ولا ينتهى حق الانتفاع بموت المشترى ولكنه ينتهى بموت المنتفع (حسن كيرة فقرة ٥٨ ص ١٨٢ هامش ٣) .

(٢) حسن كيرة فقرة ٥٨ ص ١٨١ — ص ١٨٢ — اسماعيل غانم فقرة ٣٦ .

قيودا على التصرف كما سنرى ، وقد يفرض قيودا على عدم التصرف كما فى نزع الملكية جبرا على صاحبها وفى التأميم .

٣٠٦ — قيود يفرضها القانون على التصرف :

قد يفرض القانون قيودا موقتة على حق المالك فى التصرف فى ملكيته ، وما دام القيد موقتا فهو لا ينزع نهائيا حقه فى التصرف ، ويبقى مالكا . مثل ذلك ملكية الأسرة ، وتقضى المادة ٨٥٣ مدنى بأنه لا يجوز لأى شريك فى ملكية الأسرة أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة الا بموافقة الشركاء جميعا . وهذا القيد موقت من عدة وجوه . فهو أولا مقيد بالأجل الذى يتفق عليه لبقاء ملكية الأسرة ، ولا يجوز أن يزيد على خمس عشرة سنة (م ٨٥٢/١ مدنى) . وهو ثانيا مقيد بمدة ستة أشهر فقط اذا لم يكن هناك اتفاق على أجل معين ، اذ يستطيع الشريك بعد انقضاء هذه المدة اخراج نصيبه من ملكية الأسرة ، والتصرف فيه بعد ذلك (م ٨٥٢/٢ مدنى) . وهو أخيرا مقيد بجواز أن يتصرف الشريك فى نصيبه لأجنبى بغير موافقة الشركاء ، على ألا يبقى هذا النصيب مندمجا فى ملكية الأسرة (م ٨٥٣ / ٢ مدنى) . ومثل ذلك أيضا قانون الاصلاح الزراعى ، فهو يغل يد الفلاح عن التصرف فى الأرض التى وزعت عليه قبل أن يوفى جميع أقساط ثمنها (م ١٦ من قانون الاصلاح الزراعى) ، والقيد كما نرى قيد موقت . وفى الشفعة فرض القانون ضربا من ضروب عدم التصرف الا لشخص معين هو الشفيع ، اذا طلب الشفعة واستوفى شرائطها . وفى قانون خمسة الأفدنة لم يمنع القانون المالك من التصرف فى ملكه ، وانما منع الدائنين من الحجز على هذا المالك ، فمنعهم بذلك من نزع الملكية جبرا على صاحبها (١) .

(١) انظر كذلك فى القانون الفرنسى المال الذى تقدمه الزوجة «دوطة» =

وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأنه لما كان دستور سنة ١٩٦٤ الذى كان قائما عند التحفظ على اموال المدعى وصدور القرار ببيعها — ينص فى المادة ١٦ منه على أن الملكية الخاصة مضمونة وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية ولاتنزع الملكية الا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل وفقا للقانون ، وقد ردد ذات الحكم دستور سنة ١٩٧١ فى المادة ٣٤ منه وزاد عملية انه لايجوز فرض الحراسة على الملكية الخاصة الا فى الأحوال المبينة فى القانون وبحكم قضائى ، وكان لا يوجد ثمة قانون يجيز للمحافظ التحفظ على أموال المواطنين والتصرف فيها بالبيع فى مثل الحالة المعروضة ، فان القرار الصادر من المحافظ المتضمن تسليم القطن الموجود بمخزن المدعى الى شركة مصر لتصدير الاقطان وتسليم الخشب والحديد الى الجمعية التعاونية للانشاء والتعمير وعلى أن تقوم كل من الشركة والجمعية بسداد ثمنها الى الجمعية الخيرية للنشاط الاجتماعى، فان هذا القرار يكون قد صدر بعيدا عندائرة المشروعية ومخالف القانون ولا اعتداد بموافقة المدعىكتابة علىذلك لان نعيه علىالاقرارات المنسوبة اليه أنه أكره على توقيعها ، هو نعى سديد تسانده شواهد الحال (١) •

أما ذا كان المنع من التصرف الذى فرضه القانون منعا دائما غير موقت ، كما فى الأموال الموقوفة ، فان حق الملكية يفقد عنصرا أساسيا من عناصره ، ومن ثم لا يمكن وصفه بأنه حق ملكية • فحق المستحق فى الوقف ليس حق ملكية ، وان كان حقا عينيا ، وهذا غير حقه الشخصى فى تقاضى استحقاقه من الناظر •

= فهذا المال لا يجوز التصرف فيهمادامت الزوجية قائمة ، وكذلك هبة المال او الوصية به لشخص على أن ينقله هذا بعد موته لأولاده ، فى نظام الاستبدال الوراثى المباح (substitution permises) ، هو منع من التصرف فى المال طول حياة الموهوب له او الموصى له ، حتى يتسنى انتقال المال للاولاد .

(١) ادارية عليا فى ٥ ابريل سنة ١٩٧٥ مجموعة المبادىء التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى السنوات من خمسة عشر سنة صفحة ٢٢٧٣) •

٣٠٧ — الشروط الارادية المانعة من التصرف (*) :

وهناك شروط ارادية تمنع من التصرف (clauses d'inaliénabilité) وهذه لا يفرضها القانون كما فى الأمثلة السابقة ، بل يفرضها الاتفاق وهو عقد صادر من الجانبين ، أو تفرضها الوصية وهى ارادة منفردة صادرة من جانب واحد ، ومن ثم سمينا هذه الشروط بالشروط الارادية المانعة من التصرف . وهى أيضا تمنع من التصرف منعا موقتا ، فتصح لأنها لا تسلب حق الملكية عنصرا أساسيا من عناصره سلبا دائما (١) . ومتى استوفت شرائط صحتها ، فانه يترتب على قيامها صحيحة أن يكون كل تصرف يصدر من المالك ، مخالفا للشرط المانع من التصرف فى المدة التى يقوم فيها هذا الشرط ، تصرفا باطلا .

فنتكلم فى مسألتين : ١ — متى يصح الشرط المانع من التصرف . ٢ — الجزاء الذى يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف .

١ — متى يصح الشرط المانع من التصرف

٣٠٨ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٢٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى

(*) مراجع :
Bar in فى الشروط المستحيلة والشروط غير المشروعة سنة ١٨٨٥ — Saignat فى الشرط المانع من التصرف رسالة من بوردو سنة ١٨٩٦ — Bretanneau فى الشروط المانعة من التصرف رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ — Achard رسالة من جرينوبل سنة ١٩١٠ — Le Boux رسالة من رن سنة ١٩٣٠ .

(١) ويذهب مع ذلك بعض الفقهاء فى فرنسا الى مخطئة القضاء الفرنسى فى اباحة الشرط المانع من التصرف (لوران ٦ فقرة ١٠٣ و ١١ فقرة ٤٦٠ — هيك ٤ فقرة ٧٦ و ٦ فقرة ٦٣ — ديفرجييه فى تعليقه على تولييه ٧ فقرة ٤٨٨ — بودرى وشوفو فقرة ٥٠٦) . أما فى مصر فان التشريع لا القضاء وحده ، قد تدخل وأباح الشرط المانع بشروط معينة ، فلم يعد هناك شك فى صحة الشرط المانع .

مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة » .

« ٢ — ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ، أو للمتصرف اليه ، أو للغير .

« ٣ — والمدة المعقولة يجوز ان تستغرق مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف اليه ، أو الغير » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . ولكن القضاء فى عهد هذا التقنين ، كان يجرى على أحكام النص (٢) .

---

(١) **تاريخ النص :**

ورد هذا النص فى المادة ١١٩١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — اذا تضمن العقد او الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال او يمنع الايصاء به ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة . ٢ — ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ، او للمتصرف اليه ، او الغير ٣ — وقد تكون المدة المعقولة مدى حياة المتصرف ، او المتصرف اليه او الغير » . وفى لجنة المراجعة عدل النص ، فاصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٩٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٣ — ص ٧٥) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « عرض المشروع للشرط المانع من التصرف فى نصين ... لا نظير لهما فى التقنين الحالى (السابق) . وقد قنن المشروع أحكام القضاء المصرى فى هذا الموضوع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦) — انظر نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٢ ص ٤٠١ — ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٨ ص ٥٨٣ — محكمة الاستئناف ١٣ ابريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٦٤ ص ٢١٠ — ٧ مايو سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٢٥ ص ٦٥ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩٩ ص ١٥٣ — ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٦٣ ص ٢٠٧ — ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٠٩ ص ١٦٢ — ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٦ — استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٣ ص ٧١١ — ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشرط المانع ، حتى لو كان مسجلا ، لا يعوق الدائن من اخذ حق اختصاص على العقار الممنوع التصرف فيه ومن التنفيذ على هذا العقار (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى ٧٧٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٣٢ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ، ولا فى قانون الملكية العقارية اللبنانى — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨١٥ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٢٨ (١) .

٣٠٩ — التصرفات التى تتضمن الشرط المانع من التصرف :

ويفهم من النص سالف الذكر أن الأصل هو تحريم الشرط المانع من التصرف ، لسببين أحدهما قانونى والآخر اقتصادى . أما السبب القانونى فلأن من أخص عناصر الملكية هو أن يكون للمالك حق التصرف فى ملكه ؛ فاذا منع من ذلك حرم من أخص عناصر حقه ، فلا يكون حقه عند ذلك حق ملكية كما رأينا فى حق المستحق فى الوقف . أما السبب الاقتصادى فلأن تداول الأموال من الأمور الهامة التى تجب ملاحظتها ،

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٧٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن احكام النص تتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن أحكام النص تتفق مع القواعد العامة — انظر فى هذه المسألة فى القانون اللبنانى حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ١٣٩ — ص ١٥٦) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨١٥ : اذا تضمن التصرف القانونى شرطا يمنع المتصرف اليه من التصرف فى المال الذى اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف ، أو يقيد حقه فى التصرف فيه ، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث قوى ومقصورا على مدة معقولة .

(واحكام التقنين الكويتى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى : م ١٠٢٨ : ليس للمالك ان يشترط فى تصرفه عقدا كان أو وصية شروطا تقيد حقوق المتصرف اليه الا اذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف اليه أو الغير لمدة محددة .

(وهذا النص الأردنى يتفق فى عمومه مع أحكام التقنين المصرى) .

ومنع المال من التداول بتحريم التصرف فيه أمر خطير من النـــاحية الاقتصادية ، فلا يجوز هذا المنع الا لمسوغ قوى • لذلك تعتبر القاعدة القاضية بجواز التصرف فى المال من النظام العام ، وكل شرط يخالفهـا يكون شرطا مخالفا للنظام العام • وقد سار القضاء الفرنسى قديما على هذا النحو ، فحـرم كل شرط يمنع التصرف فى المال (١) • ولكنه منـذ منتصف القرن التاسع عشر أخذ يميز بين شرط مانع من التصرف منعا أبديا وهذا أبقاه على حكم التحريم ، وشرط مانع من التصرف منعا موقتا لمسوغ مشروع وهذا حلله ، وتوالت أحكام القضــاء الفرنسى فى هذا المعنى حتى أصبحت قضاء مستقرا لا يتزعزع (٢) • وسار القضــاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق على سنة القضاء الفرنسى حتى أصبحت القاعدة مستقرة هى أيضـا فى مصر ، ومن ثم قننهـا التقنين المدنى الجديد فى نصوص تشريعية هى التى نتولى الآن شرحها •

ويلاحظ بادىء ذى بدء أن الشرط المانع من التصرف فى المال يرد فى تصرف قانونى ، وهذا التصرف القانونى يكون اما عقدا أو وصية ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٢٣ مدنى سالفة الذكر : « اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال ••• » • والوصية

---

(١) ليون ٧ اغسطس سنة ١٨٣٥ داللوز ٣٦ — ٢ — ٨٢ — باريس ١١ مارس سنة ١٨٣٦ داللوز ٣٦ — ٢ — ٨٣ •

(٢) وكان أول حكم صدر فى هذا المعنى فى القضاء الفرنسى حكم محكمة انجيه فى ٢٩ يونيه سنة ١٨٤٢ (سيريه ٤٢ — ٢ — ٤٠٠) • ثم اخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ فى ٢٠ ابريل سنة ١٨٥٨ (داللوز ٥٨ — ١ — ١٥٤) . واخذت احكام محكمة النقض الفرنسية بعد ذلك تتوالى فى هذا المعنى : نقض فرنسى ١٩ مارس سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٩ — ١ — ٤٥٥ — ٢٠ مايو سنة ١٨٧٩ داللوز ٧٩ — ١ — ٤٣١ — ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ١ — ٤٨ — ٢٤ يناير سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ٥٣٣ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤١ — ٢٢ — انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٣ . وصدر اخيرا فى فرنسا قانون ٤ يناير سنة ١٩٥٥ خاصـا بالشهر العقارى يؤكد هذا المعنى ، اذ قضت المادة ٢٨ من هـذا القـانون بوجوب تسجيل التصرفات فيما بين الأحياء التى تتضـمن شروطا مانعــة موقتة (انظر مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ — كابونييه ص ٩٦) •

أمرها واضح ، فهى تصرف قانونى من جانب واحد على سبيل التبرع ، فيوصى الشخص بمال للموصى له ويشترط عليه فى الوصيه ألا يتصرف فى هذا المال لاحد ، لمصلحة مشروعة ولمدة موقتة كما سيأتى • وأما العقد فالغالب أن يكون من عقود التبرع ، هبة صريحة أو هبة مستترة فى عقد بيع (١) ، وقد يكون من عقود المعارضة كأن يكون عقد بيع جدى • فيهب الشخص أويبيع مالا ، ويشترط على المتصرف له ألا يتصرف فى المـــال ، لمصلحة مشروعة ولمدة موقتة • والغـــالب أن يكون التصرف المتضـــمن للشرط المانع تصرفا ينقل ملكية المال مع اشتراط عدم جـــواز التصرف فيه • ولكنه قد ينقل حق انتفاع لا حق ملكية ، مع اشتراط عدم جواز التصرف فى حق الانتفاع هذا • وقد ينشىء مجرد التزام دون أن ينقل ملكية أو حق انتفاع • والمثل البارز فى هذا الصدد أن يتعهـــد شـــخص لآخر بترتيب ايراد له مدى حياته ، ويكون قد قصـــد بذلك أن يوفر له أسباب المعيشة طول حياته فيشترط فى تعهده عدم جواز التصرف فى هذا الايراد (٢) •

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحـــية للمشروع التميدى فى هذا الصدد : «فالشرط المانع قد يرد فى وصية او فى عقد ، ويكون العقد فى الغالب هبة او هبة مستترة فى بيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦) .

(٢) أوبرى ورو وبارتان ١١ فقـــــرة ٦٩٢ هامش ٢٦ ثالثا — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٣٣ .

وقد يأخذ الشرط المانع الصورة الآتية : يتبرع المتصرف بمبلغ من المال للمتصرف له ، ويشترط عليه أن يشترى بهذا المبلغ عقارا (remploi) لا يجوز له التصرف فيه . وقد يتبرع المتصرف بعقار ، ويقتصر الشرط المانع على أن المتصرف له اذا باع العقار فعليه أن يشترى بالثمن عقارا آخر ، يكون هو ايضا غير جائز التصرف فيه الا بشرط الاستبدال هـــذا .

وقد يرد الشرط المانع فى الوعد بالبيع ، فيشترط الموعود له بالبيع على الواعد الا يتصرف فى العين الموعود ببيعها طول مدة الوعد . فهذا شرط مانع صحيح ، اذ جمع بين التوقيت وبين قيام مصلحة مشروعة للموعود له لأن هذا الأخير يطمئن ، بفضل هذا الشرط ، الى بقاء العين فى ملك الواعد اذا اظهر الموعود له رغبته فى الشراء (اسماعيل غانم فقـــــرة ٣٨ ص ٨٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٧ ص ١٦٦ — حسن كيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ — عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٤٤ ص ١٠٤) . ويلاحظ أنه =

فالشرط المانع من التصرف الذى تتضـمنه أمثال هذه التصرفات لا يصح ، طبقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٨٢٣ مدنى سالفة الذكر ، الا اذا كان « مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة » . فهناك اذن أمران لابد من اجتماعهمـا حتى يصـح الشرط المـانع من التصرف : الباعث المشروع والمدة المعقـولة . وكل منهما معيـار مرن يساير الملابسات الخاصة بكل قضـية من الأقضـية التى تعرض على المحاكم ، فيكون القاضى أوسع حرية فى التقدير ، ويتسنى له أن يعطى لكل حالة حكمها المناسب .

= يجوز لدائنى الواعد ، فى هذا الفرض ، الطعن فى الشرط المانع بالدعوى البوليصية اذا توافرت شروطها .

أما اشتراط الدائن المرتهن على الراهن الا يتصرف فى العين المرهونة ما دام الرهن قائما ، فيوجد خلاف فى صحته . انظر فى معنى عدم صحة الشرط المانع فى هـذا الفرض : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيـدى فى مجمـوعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩ — اسماعيل غانم فقـرة ٣٨ ص ٧٩ — ص ٨٠ — عبد المنعم فرج الصـدة فقـرة ١٠٧ ص ١٦٦ — ص ١٦٧ — منصور مصطفى منصور فقـرة ٤٤ ص ١٠٢ — ص ١٠٣ وفى التأمينات العينية ص ٧٥ . وانظر فى معنى صحة الشرط : محمد على عرفة فقرة ٢٧٨ — محمد على امام فى التأمينات فقرة ٢١٤ ص ٣١٨ — شمس الدين الوكيل فى التأمينات ص ٢٤٩ هامش ٢ — حسن كيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ — ونرى أن مصلحة الراهن فى استيفاء حريته فى التصرف فى العقار المرهون بالرغم من رهنه — وهذا أساس من الأسس التى يقوم عليـها الرهن — ترجح مصلحة الدائن المرتهن فى ان يتجنب اجـراءات التطهير . ومن ثم يكون الشرط المانع فى هذا الفرض غير صحيح ، اذ لا تقوم بـه مصلحة مشروعة راجحة .

ولا خلاف فى أنه لا يجوز للمالك بارادته المنفردة أن يمنـع نفسه مـن التصرف فى ملكه ، لأن الشرط المانع يجب ان يتضمنه عقد أو وصية ، ولأن الارادة المنفردة لا يكون لها أثر الا بموجب نص تشريعى ، ولأنه لو صـح الشرط المانع فى هذا الفرض لاستلزم أن يكون المال غير قابل للحجز عليه فيتحايل المالك عن هذا الطريق فى الانتقاص من حق الضمان العام للدائنين (شفيق شحاته فقرة ١٠٠ ص ١٢٤ — عبد المنعم البدراوى فقـرة ٦٨ — اسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٧٨ — حسن كيرة فقـرة ٨٦ ص ٢٨٧ — ص ٢٨٨ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤٤ ص ١٠١ — محمد كامل مرسى ١ فقـرة ٤٠٢ ص ص ٥١٦) .

(أ) الباعث المشروع

٣١٠ — متى يكون الباعث مشروعا :

تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٢٣ مدنى سالفة الذكر : « ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف اليه أو للغير » . فالمفروض اذن ، حتى يكون الباعث مشروعا . والشرط المانع صحيحا ، أن يكون المتصرف قد قصد بالشرط المانع الذى ضمنه العقد أو الوصية حماية مصلحة مشروعة له هو ، أو مصلحة مشروعة لمن تصرف له ، أو مصلحة مشروعة لأجنبى أى للغير (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن شرط المنع من التصرف يصح اذا بنى على باعث مشروع واقتصر على مدة معقولة ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف اليه أو للغير . وتقدير مشروعية المصلحة المراد بالشرط حمايتها ومدى معقولية المدة المحددة لسريانه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى بنى رأيه على أسباب سائغة (٢) .

٣١١ — مصلحة مشروعة للمتصرف :

قد تكون هناك مصلحة مشروعة للمتصرف يريد حمايتها عن طريق الشرط المانع . مثل ذلك أن يكون المتصرف قد وهب منزلا لأحد من ذويه ، واشترط لنفسه حق الانتفاع أو حق السكنى طول حياته ، ولا يريد أن تكون له علاقة فى شأن حقه هذا الا مع من تصرف له . فيعمد

---

(١) وكما تكون المصلحة المشروعة المقصود حمايتها مصلحة مادية ، كذلك يجوز أن تكون مصلحة ادبية ، كما اذا قصد المتصرف بالشرط المانع الا يقتحم أجنبى نطاق املاك أسرته (نقض فرنسى ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٨ — ١ — ١٧٦ — مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص ٦٩) .

(٢) نقض مدنى فى ٢٧ يونية سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ١٨٢ صفحة ١٢٢٣ .

الى تضمين هبته شرطا مانعــا من التصرف فى المنزل ، حتى يطمئن الى أنه فى استعمال حق انتفاعه بالمنزل أو حقه فى سكناه لن تكون له علاقة الا بالموهوب له ، اذ يصــبح غير جائز لهذا أن يتصرف فى المنزل طول حياة الواهب . ومثل ذلك أيضا أن يهب شخص لآخر عقارا ويشــترط على الموهوب له أن يرتب له ايرادا مدى الحيــاة ، ولمــا كان يخشى أن يتصرف الموهوب له فى العقار فيفقد المصدر الأصــلى الذى يوفى منه الايراد المرتب ، فانه يعمد الى تضمين الهبة شرطا يمنع الموهوب له من التصرف فى العقار . ويصح أيضا أن يبيع شخص لآخر عقارا بثمن هو ايراد مرتب مدى الحياة ، ويشترط على المشترى عدم التصرف فى العقار مدى حياة البائع ، أو يبيع العقار بثمن مقسط لمدة خمس سنوات مثلا ويشترط على المشترى ألا يتصرف فى العقار حتى يوفى جميع أقســاط الثمن . وقد يبيع شخص جزءا مفرزا من عقاره لآخر ، ويشــترط على المشترى عدم جواز التصرف حتى يقتصر الجوار على المشــترى دون شخص أجنبى آخر [1] . كذلك قد يهب شــخص عقارا لآخر ويرتهنه رهنا رسميا فى الوقت ذاته لحق له فى ذمة الموهوب له ، فيشــترط على الموهوب له ألا يتصرف فى العقار المرهون حتى لا يتعرض الدائن المرتهن لخطر التطهير فيما اذا تصرف الموهوب له فى العقار لشخص آخر ، وهذا فى رأى من يقول بصحة الشرط المانع فى هذا الفرض [2] .

هذه وأمثالها [3] مصــالح مشروعة للمتصرف ، يصبح له أن يحميها بأن يضــمن تصرفه شرطا مانعا من التصرف على النحــو الذى بينــاه [4] .

---

(١) انسيوبكيدى داللوز ٢ لفظ inaliénabilité فقــرة ٣٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٠٩ ص ٥٠٨ هامش ٢ .

(٣) انظر نقض فرنسى ٢٠ ابريل سنة ١٨٥٨ داللوز ٥٨ — ١ — ١٥٤ — ٢٩ ابريل سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٨ — ١ — ١٧ — ١٧ مارس ســنة ١٨٢٥ داللوز ١٩٢٨ — ١٧٦١ .

(٤) انظر فى أن البيع المقترن بشرط عدم جواز التصرف يعتبر بيعــا جديا لا وصية ، وان الكشف عن نية المتعاقدين فى هذا الشأن مســألة =

٢١٢ — مصلحة مشروعة للمتصرف له :

وكثيرا ما تتحقق هذه المصلحة للمتصرف له فيما اذا وهب شخص أو أوصى لآخر بعقار ، ولما كان يعرف أن المتبرع له سيىء التدبير ويخشى عليه أن يضيع سفها العقار المتبرع له به ، فيعمد الى تضمين تبرعه شرطا بعدم جواز التصرف فى هذا العقار (١) . وقد يهب المتصرف العقار لشخص صغير فى السن تنقصه الخبرة والتجارب ، فيشترط عليه عدم جواز التصرف فى العقار حتى يصل الى سن معينة يكون عند بلوغها قد أنضجته التجارب وحصل على الخبرة اللازمة . وقد يهب المتصرف العقار لقاصر له ولى يخشى من اسرافه ، فيشترط عدم جواز التصرف فى العقار حتى يبلغ القاصر سن الرشد فيتسلم العقار ، ويعهد فى الوقت ذاته الى آمين يتولى ادارة العقار وصرف ريعه على تعليم القاصر حتى يبلغ سن الرشد (٢) . وقد لا يمنع المتصرف له من التصرف ، ولكن يشترط عليه الاستبدال (remploi) . فاذا باع المتصرف له العقار الموهوب وجب عليه أن يشترى بثمنه عقارا آخر ، ويبقى هذا العقار الآخر على هذا الشرط اذا باعه الموهوب له اشترى بثمنه عقارا

= موضوعية : نقض مدنى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء اول ص ٣٤٩ — ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء اول ص ٣٤٩ — ١٨ ابريل سنة ١٩٤٦ مجموعه المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء اول ص ٣٤٩ .

وانظر فى أن شرط عدم التصرف اذا تضمنته الهبة ووقتت بحياة الواهبة لمصلحة مشروعة لها يكون شرطا صحيحا : نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ١١٩١ ، وأن البيع بشرط عدم التصرف بيع صحيح : استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٢٣ ص ٧١١ .

(١) نقض فرنسى ١١ يوليه سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨ — ١ — ٦٢ — ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٢ — ١ — ١٧٧ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤١ — ٢٢ — ٤ مايو سنة ١٩٤٣ جازيت دى باليه ١٩٤٣ — ٢ — ٣٢ — أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٤ — ص ١٩٥ .

(٢) نقض فرنسى ٣٠ مايو سنة ١٨٨١ سيريه ٨٣ — ١ — ١٤٩ — اورليان ١٢ يوليه سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٥ — ٢ — ٢٤٤ — أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٦ .

آخر ، وهكذا • والاشتراط على هذا النحو يجمع الى جزية النظر لمصلحة الموهوب له حتى لا يضيع العين الموهوبة مزية اطلاق يده فى التصرف ، فقد يرى عقارا أفضل فيبيع العقار الموهوب ليشتريه •

٣١٣ — مصلحة مشروعة للغير :

وقد تكون المصلحة المشروعة خاصة بأجنبى ، فيهب شخص عقارا لآخر ويشترط عليه أن يرتب ايرادا لأجنبى طول حياته ، ويشترط فى الوقت ذاته ألا يتصرف فى العقار الموهوب ما دام صاحب الايراد حيا حتى يكفل له ضمانا لايراده (١) • كذلك قد يكون للأجنبى حق انتفاع أو حق سكنى فى العقار الموهوب ، فيشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف فى العقار • وقد لا يشترط الواهب عدم التصرف ، ويقتصر على أن يشترط على الموهوب له ، اذا أراد هذا بيع العقار ، أن يعرضه أولا بالأفضلية على شخص معين ، فان قبل هذا الأخير شراءه تعين على الموهوب له أن يبيعه اياه • فهذا شرط ليس مانعا من التصرف ، ولكنه على كل حال مقيد لحرية المتصرف له فى التصرف لمن يريد (٢) •

٣١٤ — حكم التصرف الذى يتضمن شرطا مانعا ليس له باعث مشروع :

فاذا كان الشرط المانع ليس له باعث مشروع ، ولم تكن هناك مصلحة مشروعة تراد حمايتها به لا للمتصرف ولا للمتصرف له ولا للغير ، كان الشرط المانع باطلا • فاذا وهب شخص عقارا لآخر واشترط عليه عدم التصرف فيه ، ليمنعه بذلك من القيام بمشروع علمى أو بعمل من أعمال الخير يعلم الواهب أن الموهوب له يحرص على تحقيقه وقد يبيع العقار الموهوب فى سبيل ذلك ، كان الباعث هنا غير مشروع • فهو لا يحقق مصلحة مشروعة لا للواهب ولا للموهوب له ولا للغير ، ومن ثم

---

(١) نقض فرنسى ١٢ يوليه سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥ — ١ — ٤٧٥ — ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ١٢٦ •

(٢) أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٩ وهامش ٤٠ خامسا.

يكون الشرط باطلا . والمفروض أن للشرط المانع باعثا مشروعا ، الى أن يثبت المتصرف له ان الباعث غير مشروع .

ثم ينظر بعد ذلك فى مصير التبرع نفسه ، فان كان هذا الشرط المانع هو الدافع الى التبرع ، كان التبرع باطلا هو أيضا ببطلان الشرط المانع . أما اذا لم يكن الشرط المانع هو الدافع الى التبرع ، فان التبرع يبقى قائما مع بطلان الشرط المانع ، ومن ثم يجوز للموهوب له مخالفة الشرط المانع والتصرف فى العقار الموهوب . وليس فى هذه الأحكام الا تطبيق للقواعد العامة . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويكون التصرف الذى اشتمل على هذا الشرط (الباطل) باطلا أيضا اذا كان الشرط المانع هو الدافع الى هذا التصرف . أما اذا كان التصرف تبرعا ، ولم يكن الشرط المانع هو الدافع ، صح التبرع ولغا الشرط » (١) .

(ب) المدة المعقولة

٣١٥ — المنع الدائم والمنع الموقت :

يجب التمييز كما قدمنا بين المنع الدائم (interdiction perpétuelle) والمنع الموقت (interdiction temporaire)، فلكى يكون الشرط المانع صحيحا ، يجب ألا يكون مانعا من التصرف منعا دائما ، اذ تخرج العين بهذا المنع من دائرة التعامل بتاتا ، وهذا أمر مخالف للنظام العام ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦ — وانظر شفيق شحاته فقرة ٩٦ — اسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤٥ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٧١ .

ومن الفقهاء من يذهب الى بطلان التصرف المتضمن للشرط المانع غير المشروع فى جميع الأحوال (محمد على عرفة فقرة ٢٧٧) ، مستندا فى ذلك الى أن الشرط المانع غير مشروع وقد علق عليه التصرف (م ٢٦٦ مدنى) . وواضح ان الشرط المانع فيما نحن بصدده ليس شرطا (condition). وانما هو تكليف (charge) يدخل فى بنية التصرف ذاته ، فيلغو وحده اذا لم يكن هو الدافع الى التبرع (انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ هامش ١) .

ولايجوز الا بنص فى القانون كما هى الحال فى الوقف . ومن ثم يكون الشرط المانع منعا دائما شرطا باطلا (٦) . يلغو ويبقى التصرف الـذى تضمن الشرط ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التصرف فيبطل كـل من الشرط والتصرف .

ويشترط اذن لصحة الشرط المانع أن يكون المنع موقتا ، ولمـدة معقولة . فاذا طالت مدة المنع ، وأصبحت بالنسبة الى ظروف القضية وملابساتها مدة غير معقولة ، فان المنع الموقت يكون فى هـذه الحالة فى حكم المنع الدائم (٢) ، ومن ثم يكون الشرط المانع باطـلا بالرغم من توقيته . ومعرفة ما اذا كانت مدة المنع المحددة طويلة الى حد أن تكون مدة غير معقولة فيبطل الشرط من مسـائل الواقع ، يبت فيـها قاضى الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض (٣) .

وتنص الفقـرة الثالثة من المادة ٨٥٣ مـدنى سالفة الذكر عـلى ما يأتى : « والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف اليه ، أو الغـير» .

٣١٦ ـ الشرط المانع مدى حياة المتصرف :

فى أكثر الأمثلة التى قدمناها لتحقق مصلحة مشروعة للمتصرف تبرر الشرط المانع (٤) ، نرى أن الشرط المانع يجب أن تحدد له مدة تستغرق

---

(١) نقض فرنسى ٩ مارس سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٨ ـ ١ ـ ٣٠٩ ـ ١٠ نوفمـبر سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٧ ـ ١ ـ ٥١ ـ ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ ـ ١ ـ ٤٧ ـ ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ ـ ١ ـ ١٢٦ ـ ٥ يناير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٣ ـ ٥ ـ ٥٣ ـ ٢٩ يونيه سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٣ ـ ٤٧٧ ـ ٤ مايو سنة ١٩٤٢ جازيت دى باليه ١٩٤٢ ـ ٢ ـ ٣٢ ـ ١٦ فبراير سنة ١٩٥٣ داللوز ١٩٥٣ ـ ٢٨٢ .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هـذا الصـدد : « ولكن لا يصح تأبيد الشرط ، ولا جعله لمدة طويلة تجاوز الحاجة التى دعت اليه » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦) .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٣٢ .

(٤) انظـر آنفـا فقـرة ٣١١ .

حياة المتصرف وتكون مع ذلك مدة معقولة • فاذا كان المتصرف قد اشترط لنفسه ايرادا مدى الحياة ، أو حق انتفاع أو حق سكنى مدى الحياة ، أو الاستيثاق من أن يقتصر الجوار على شخص المتصرف له ، فمن الطبيعي فى هذه الفروض أن يجعل الشرط المانع قائما لمدة تستغرق حياته ، وتكون المدة فى هذه الحالة مدة معقولة ، ومن ثم يكون الشرط صحيحا • لكن هناك فروض أخرى — بيع عقار بثمن مقسط أو بيع عقار يرتهنه البائع — لا يكون فيها مبرر لأن تستغرق مدة المنع حياة المتصرف، ويكفى فى حالة بيع عقار بثمن مقسط أن تكون مدة المنع هى المدة التى يوفى فيها المشترى بالاقساط جميعها ، وفى حالة بيع عقار يرتهنه البائع أن تكون مدة المنع هى المدة التى يوفى فيها المشترى بالدين المكفول بالرهن حتى يأمن البائع شر التطهير فيما اذا باع المشترى العقار قبل وفاء الدين •

واذا حددت للشرط المانع مدة تستغرق حياة المتصرف أو مدة أخرى معقولة ، ومات المتصرف له قبل انقضاء هذه المدة ، فان العين تنتقل الى ورثته مثقلة بالشرط المانع ، فلا يجوز لهؤلاء أن يتصرفوا فيها حتى تنقضى المدة المحددة •

٣١٧ — الشرط المانع مدى حياة المتصرف اليه :

وقد يقتضى الأمر أن يحدد للشرط المانع مدة تستغرق حياة المتصرف له كما اذا كان هذا معروفا بسوء التدبير فيحرم عليه المتصرف أن يتصرف فى العين الموهوبة طول مدة حياته ، حتى اذا مات انتقلت العين الى ورثته غير مثقلة بالشرط المانع ، ويجوز للورثة عندئذ التصرف فى العين • وتكون المدة فى هذه الحالة ، بالرغم من استغراقها لحياة المتصرف له ، مدة معقولة ، ومن ثم يكون الشرط المانع صحيحا (١) •

---

(١) هذا فى مصر بنص صريح ، اذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٨٢٣ مدنى كما رأينا : « والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق حياة ... المتصرف اليه .. » . أما فى فرنسا ، حيث أحكام الشرط المانع هى من عمل القضاء =

فاذا لم يكن هناك مقتض لأن تستغرق المدة حياة المتصرف لـه ، لـم يجز الوصول بالمدة الى هذا الحد . مثل ذلك أن يكون المتصرف لـه قليل الخبرة والتجربة نظرا لصغر سنة أو يكون قاصرا ، فيكفى فى هذه الحالة تحديد مـدة معقولة يستوفى فى أثنائها الخبرة اللازمة ، أو تحديد مـدة يبلغ بسن الرشد عند انقضائها . فاذا طالت المـدة عـن هـذا الحـد ، كان الشرط باطلا ، لأن المـدة اذ داك تصبح مـدة غـير معقـولة .

واذا حدد للشرط المانع مدة معقولة على النحو الذى أسلفناه ، ومات المتصرف قبل انقضاء هذه المدة ، فان الشرط المانع يبقى مع ذلك قائما الى أن تنقضى المدة . ويحل ورثة المتصرف محله بعد موته فى طلب بطلان التصرف المخالف للشرط المانع فيما اذا اقتضى الأمر ذلك .

٣١٨ — الشرط المانع مدى حياة الغير :

واذا كان الشرط المانع يحقق مصلحة مشروعة للغير ، فقد تحـدد لـه مدة معقولة تستغرق حياة هذا الغير . وهذا واضح فيما قدمناه من الأمثلة (١) . فاذا اشترط الواهب على الموهوب له ايرادا يرتبه للغير

= دون أن ترد فيها نصوص تشريعية ، فقد استقرت أحكام القضاء الفرنسى على أنه لا يجوز أن تستغرق المدة فى الشرط المانع حياة المتصرف اليه (نقض فرنسى ١٩ مارس سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٩ — ١ — ٤٥٥ — ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ سيريه ١٩٠٠ — ١ — ٤٩٩ — ٢٤ يناير سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ٥٣٣ — ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ١٢٦ — وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٣٢) .

ويذهب بعض الفقهاء فى مصر الى اعتبار الشرط المانع مدى حيـاة المتصرف له باطلا ؛ ولكن يجوز تحديد مدة معقولة وان ظهر فيما بعد أن هذه المـدة قـد استغرقت بالفعل حياة المتصرف اليه (عبد المنعم البدراوى فقرة ٧٠ ص ٩١) . وظاهر أن هذا الرأى لا سند له أمام صراحة النص ، فنص التقنين المدنى المصرى صريح كما رأينا فى اباحة الشرط المانع حتى لو كانت مدته قد حددت ابتداء بحياة المتصرف له (اسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٧٧ هامش ١ — حسن كيرة فقرة ٨٩ ص ٢٩١ هامش ٣) .

(١) انظر آنفا فقـرة ٣١٣ .

مدى حياته ، أو حق انتفاع أو حق سكنى يدوم مادام الغير على قيد الحياة ، فان المدة المعقولة للمنع من التصرف قد تستغرق فى هذه الحالة حياة الغير (١) .

واذا مات المتصرف له قبل موت الغير أى قبل انتهاء المدة المعقولة ، انتقلت العين الى ورثة المتصرف له مثقلة بالشرط المانع ، فلا يجوز لهؤلاء التصرف فيها مادام الغير حيا .

٣١٩ — حكم التصرف الذى يتضمن شرطا مانعا مدته غير معقولة — احالة :

فاذا كان الشرط المانع مدته غير معقولة ، كان باطلا كما قدمنا . ثم ينظر بعد ذلك الى مصير التبرع نفسه ، فان كان الشرط المانع هو الدافع الى التبرع ، بطل التبرع هو أيضا . أما اذا لم يكن الشرط المانع هو الدافع الى التبرع ، فان التبرع يبقى قائما مع بطلان الشرط المانع (٢)،

---

(١) مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ هامش ١ .

(٢) وقد قضى بأنه اذا حرم البائع على المشترى منه التصرف فى العين المبيعة تحريما موقتا ، كان الشرط جائزا ، سواء كان التصرف بعوض أو بغير عوض . أما اذا كان تحريم التصرف بصفة مؤبدة . كان الشرط باطلا ، ولا ينبنى عليه بطلان العقد الا اذا كان هذا الشرط فى مقابل الالتزامات التى التزم بها الطرف الآخر (طنطا الكلية ٦ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ٦ رقم ٥٣٩ ص ٨٦٤ — وانظر ايضا بنى سويف الكلية ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٠٩ ص ١٨٨) .

واذا كان الشرط المانع مؤبدا أو لمدة غير معقولة ، فهل يجوز للقاضى ابقاء الشرط مع انقاص مدته الى ما يقدر انه الحد المعقول ، مستندا فى ذلك الى المادة ١٤٣ مدنى التى تقضى بانتقاص العقد اذا كان باطلا أو قابلا للابطال فى شق منه دون الشق الآخر ؟ يصعب التسليم للقاضى بهذا المدى الواسع فى السلطة التقديرية ، فانه فى الحالات الأخرى التى يجرى فيها انتقاصا فى العقد يكون القانون قد رسم له حدا أقصى لا تجوز مجاوزته ، كما اذا انقص الفوائد الى ٧٪ أو مدة البقاء فى الشيوع الى خمس سنوات . أما هنا فليس أمام القاضى حد أقصى فرضه القانون حتى يلتزمه ، فالأسلم أن يبطل الشرط المانع بدلا من أن يحدد له مدة يقدرها مدة معقولة ثم يقدر فى الوقت ذاته أن المتصرف كان يرضاها عند ابرام التصرف . انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ — ص ٨٢ وص ٨٢ هامش ١ — وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٢ ص ١٧١ .

أو كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى « صح التبرع ولغا الشرط » (١) • وقد سبق أن بسطنا ذلك فى حكم التصرف الذى يتضمن شرطا مانعا ليس له باعث مشروع (٢) ، فنحيل هنا الى ما قدمناه هناك •

٢ — الجزاء الذى يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف •

٣٢٠ — ما يترتب على قيام الشرط المانع من أحكام :

اذا قام الشرط المانع صحيحا ، أى كان لباعث مشروع ولمدة معقولة على النحو الذى بسطناه ، ترتب على ذلك أن يمتنع التصرف فى العين المتبرع بها طول المدة التى حددت فى الشرط المانع •

فلا يجوز للمتصرف له أن يتصرف فى العين بأى نوع من أنواع التصرفات (٣) •

لا يجوز له أن يبيع العين ، أو أن يهبها ، أو أن يقدمها حصة فى شركة ، أو أن يقرر عليها حق انتفاع أو حق ارتفاق ، أو أن يرهنها رهنا رسميا أو رهن حيازة (٤) • واذا أخذ دائن للمتصرف له عليها حق اختصاص

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦ •

(٢) انظر آنفا فقرة ٣١٤ •

(٣) وهذا ما لم يقتصر الشرط على المنع من نقل الملكية دون غيره من التصرفات (جوسران ١ فقرة ١٨٦٤ — شفيق شحاته فقرة ١٠١ — حسن كيرة فقرة ٩١ ص ٢٩٣ — اسماعيل غانم فقرة ٤١ ص ٨٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٤ ص ١٧٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤٦ ص ١٠٤ — ص ١٠٥) . وانظر عكس ذلك وان الشرط المانع فى نفسه لا يتناول الا المنع من نقل الملكية او مما يؤدى الى ذلك كالرهن : دى باج ٥ فقرة ٩٠٩ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٧٣ .

والمنع من التصرف لا يقتضى المنع من هدم البناء او التغيير المادى فى الشىء ، الا اذا اشترط المتصرف ذلك صراحة فيكون هناك التزام فى ذمة المتصرف له بالامتناع عن عمل ، ولا يكون هذا حق ارتفاق لأن حق الارتفاق انما يكون لمنفعة عقار لا لمنفعة شخص . انظر شفيق شحاته فقرة ١٠١ ص ١٢٤ هامش ١ .

(٤) كذلك لا يجوز للموهوب له أو الموصى له بايراد مرتب مدى الحياة غير جائز التصرف فيه أن ينزل عن الرهن الذى يكفل له هذا الايراد المرتب (أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٧) .

أو ترتب له حق امتياز ، فلا يجوز لهذا الدائن أن يحجز على العين فى أثناء المدة التى يبقى فيها الشرط المانع قائما ، لأن العين تصبح غير قابلة للحجز عليها ما دامت غير قابلة للتصرف فيها كما سنرى .

ولكن يجوز للمتصرف له أن يوصى بالعين ، فان الايصاء ولو أنه تصرف انما هو تصرف لما بعد الموت ، والمقصود عدم التصرف فى حال الحياة (١) . وذلك ما لم يكن الغرض الذى يراد تحقيقه من شرط المنع يقتضى منع الوصية ، كما اذا قصد المتصرف من الشرط المانع أن تؤول العين بعد موت المتصرف له الى ورثة هذا الأخير (٢) .

وقد يكون الشرط المانع مقصورا على وجوب استبدال عين أخرى بالعين المتصرف فيها . ففى هذه الحالة يجوز التصرف فى العين ، ولكن يلتزم المتصرف له بأن يشترى بثمنها عينا أخرى ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك (٣) . كما قد يكون الشرط المانع مقصورا على وجوب عرض العين ، عند الرغبة فى التصرف فيها . على شخص معين بالأفضلية على غيره ، فيجب قبل التصرف فى العين لشخص آخر أن تعرض العين على هذا الشخص المعين حتى اذا رغب فى شرائها كانت له الأفضلية على غيره ، وقد تقدم بيان ذلك (٤) .

---

(١) اسماعيل غانم فقرة ٤١ ص ٨٩ — حسن كيرة فقرة ٩١ ص ٢٩٤ — وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨٢٣ مدنى ينص صراحة على الشرط الذى « يقضى بمنع التصرف فى مال أو بمنع الايصاء به » ، فحذفت عبارة « أو بمنع الايصاء به » فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٤ — وانظر آنفا فقرة ٣٠٨ فى الهامش) .

ولا يحول الشرط المانع دون نزع ملكية العين للمنفعة العامة (بيدان فقرة ٢٧٤ — حسن كيرة فقرة ٩١ ص ٢٩٤) ، ولا دون اعمال الادارة . ولا دون اعمال التصرف الكاشفة كالقسمة والصلح (اسماعيل غانم فقرة ٤١ ص ٨٩) ، ولا يمنع بداهة من انتقال العين بالميراث .

(٢) منصور مصطفى منصور فقرة ٤٦ ص ١٠٥ — ص ١٠٦ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٣١٢ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٣١٣ .

وحتى يكون الشرط المانع فى العقار نافذا فى حق الغير ، أى فى حق شخص تصرف له من تلقى العين مثقلة بهذا الشرط ، يجب تسجيل الشرط المانع • ويقع عادة هذا التسجيل ضمن تسجيل التصرف الاصلى الذى نقل العين مثقلة بالشرط ، فيذكر فى تسجيل التصرف الأصلى ما ورد فى التصرف من نصوص متعلقة بالشرط المانع • ومن ثم يكون الشرط المانع حجة على الغير . فاذا وقع تصرف للغير مخالف للشرط المانع ، كان التصرف باطلا كما سنرى وأمكن الاحتجاج على الغير بالبطلان •

وقد حرص التقنين المدنى الكويتى على معالجة متى يحتج بالشرط المانع من التصرف فى حق الغير . فنص فى المادة ٨١٧ على أنه : « ١ — لا يحتج بالشرط المانع أو المقيد للتصرف على الغير الا اذا كان على علم به وقت التصرف اذ كان فى مقدوره أن يعلم به • ٢ — فاذا كان الشىء عقارا وتم شهر التصرف الذى ورد به الشرط . فيعتبر الغير عالما بالشرط من وقت الشهر » •

ومتى كانت العين غير قابلة للتصرف فيها (inaliénable) بحكم الشرط المانع ، أصبحت أيضا غير قابلة للحجز عليها (insaisissable)، فان المنع من التصرف يقتضى المنع من الحجز ، ولو أن الحجز كان جائزا لأمكن التحايل على شرط المنع من التصرف . بأن يقترض المالك مالا ويدع الدائن يحجز على العين ويقتضى حقه منها . فيكون المالك قد تصرف فى العين على هذا النحو بطريق غير مباشر (١) •

---

(١) نقض فرنسى ١١ يونيه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ٢٤٢ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ D.C. ١٩٤١ — ٢٢ — أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٣٠ .

هذا ويلاحظ ان اشتراط عدم جواز الحجز بطريق أصلى يختلف عن عدم جواز الحجز المترتب على عدم جواز التصرف • ففى عدم جواز الحجز بطريق أصلى تنص المادة ٣٠٨ مرافعات على ان « الأموال الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائني =

ولكن العين غير القابلة للتصرف فيها تكون مع ذلك قابلة للتملك بالتقادم . فاذا كانت عقارا ، كما هو الغالب ، كانت قابلة للتملك بالتقادم الطويل دون التقادم الخمسي . لأن التقادم الخمسي يقتضي وجود السبب الصحيح وهو التصرف الناقل للملكية ، ومثل هذا التصرف في العين غير قابلة للتصرف فيها يكون باطلا كما سنرى ، فلا يصلح أن يكون سببا صحيحا . واذا كانت العين منقولا ، وهذا نادر ، فانها تقبل التملك بالتقادم الطويل ، ولكنها لا تقبل التملك بالحيازة لأن قاعدة الحيازة في المنقول تقتضي السبب الصحيح أي تصرفا ناقلا لملكية المنقول ، ومثل هذا التصرف في المنقول غير القابل للتصرف فيه يكون باطلا ، فلا يصلح أن يكون سببا صحيحا (١) . وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « والمال الذي منع التصرف فيه قابل مع ذلك أن يتم تملكه بالتقادم » (٢) .

= الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل الهبة أو الوصية الا لدين نفقة مقررة وبالنسبة المبينة في المادة السابقة (الربع) » . ويؤخذ من ذلك أن عدم جواز الحجز لا يكون نافذا الا في حق الدائنين السابقين على الهبة او الوصية ، لأن هؤلاء الدائنين لم يعتمدوا وقت ان نشأت حقوقهم على العين الموهوبة أو الموصى بها — وقد دخلت هذه العين في ذمة المدين غير قابلة للحجز عليها . اما اذا كان عدم جواز الحجز مترتبا على عدم جواز التصرف ، فانه يكون نافذا في حق جميع الدائنين ، سواء كانوا سابقين على الهبة او الوصية أو كانوا لاحقين لها (نقض فرنسي ١٠ مارس سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ١ — ١١٢ — ٢٧ يوليه سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٤ — ١ — ٤٩٤ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٦٤ سيريه ٦٥ — ١ — ٩ — ٢٣ مارس سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨ — ١ — ٤١٤ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٣٠) . بل ان الدائنين اللاحقين للهبة أو الوصية ، اذا كانت حقوقهم قد نشأت في اثناء المدة المعقولة المحددة للشرط المانع ، لا يجوز لهم الحجز على العين حتى بعد انقضاء هذه المدة (نقض فرنسي ١١ يونيه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ٢٤٢ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ D. C. ١٩٤١ — ٢٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٣٠ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٧٧ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٣١) .

(١) انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة فقرة ٢٨٠ ص ٢٦٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٧ .

٣٢١ — حكم التصرف المخالف للشرط المانع — القضاء الفرنسي :
ذهب بعض الفقهاء في فرنسا الى أن الشرط المانع الذى يتضمنه التصرف يكون الجزاء على مخالفته فسخ هذا التصرف تطبيقا للقواعد العامة في الفسخ • فقد تعهد المتصرف له بألا يتصرف في العين . فترتب في ذمته التزام بالامتناع عن عمل ، وقد اخل بهذا الالتزام ، فيكون جزاء هذا الاخلال هو فسخ التصرف الاصلى • ومن ثم تعود العين الى ملك المتصرف ، ويسقط تبعا لذلك التصرف المخالف للشرط المانع والصادر من المتصرف اليه (١) •

ولكن القضاء الفرنسي لم يقف عند تطبيق القواعد العامة في هذه المسألة ، فقد أجاز أن يطلب المتصرف (أو ذو المصلحة المشروعة) ، لا فسخ التصرف الصادر منه . بل ابقاءه والاقتصار على ابطال التصرف الذى صدر مخالفا للشرط المانع (٢) • فيجوز ابطال كل تصرف مخالف للشرط المانع (٣) . وكذلك ابطال كل رهن يصدر من التصرف له اذ يكون هذا الرهن مخالفا للشرط المانع (٤) . وكذلك ابطال كل نزول من جانب المتصرف له عن الرهن الذى يكفل ما تلقاه بالهبة أو الوصية من ايراد مرتب (٥) • بل ان الابطال يتناول ما ترتب على العين من رهن قانونى أو رهن قضائى (٦) • ولا يكون المتصرف له الذى صدر منه التصرف

---

(١) سافاتييه ١ فقـرة ٦٥٢ •
(٢) نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨ — ١ — ٢٠٤ — باريس ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ — ٢ — ١٧١ — ٩ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ٢ — ٢٠٤ — تولوز ١٦ يناير سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ — ٢ — ١٣٣ •
(٣) نقض فرنسى ١١ يوليه سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧ — ١ — ٤٤٣ — ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١١ — ١ — ١٥٠ •
(٤) نقض فرنسى ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ دالloz ١٩٢٣ — ١ — ١٧٧ — باريس ٩ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ٢ — ٢٠٤ — روان ٥ ابريل سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٦ — ٢ — ٢٢٦ •
(٥) ليموج ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ — ٢ — ٢٨٢ •
(٦) دويه ٢ يونيه سنة ١٨٩٢ تحت حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٤ ابريل سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ — ١ — ٢٧٦ •

المخالف للشرط المانع مسئولا عن هذا التصرف الأخير ، ومن ثم لا يجب عليه الضمان (١) .

والذي يطلب الابطال هو من تقرر الشرط المانع لمصلحته . فاذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة الواهب ، فالواهب وحده دون الموهوب له هو الذي يطلب الابطال (٢) . أما اذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة الموهوب له أو لمصلحة أجنبي ، فان الموهوب له أو الأجنبي ، دون الواهب ، هو الذي يطلب الابطال (٣) .

وينفذ الابطال في حق من تلقى التصرف المخالف للشرط المانع ، حتى لو كان هذا حسن النية لا يعلم بهذا الشرط (٤) . وقد قدمنا أنه يجب تسجيل الشرط المانع ، فمتى سجل كان نافذا في حق من تلقى التصرف .

٣٢٢ — الاعتراضات الموجهة للقضاء الفرنسي في هذا الصدد :
لو أن القضاء الفرنسي اقتصر على تطبيق القواعد العامة ، مادام لا يوجد نص خاص ، لوجب أن يقضي بفسخ التصرف الأصلي الذي تضمن الشرط المانع على أساس أن المتصرف له لم يقم بالتزامه من الامتناع عن التصرف في العين . ولكن هذا الجزاء يجاوز في كثير من الأحيان الغرض الذي قصد اليه المتصرف من الشرط المانع ، فهو لم يرد اذا خولف هذا الشرط أن يحرم المتصرف له من العين ، بل كل ما أراد

---

(١) باريس ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ — ٢ — ١٧١ .
(٢) نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٤ — ١ — ٥٦٦ .
(٣) نقض فرنسي ٢٥ يونيه سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٣٥٦ — ٢٢ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٣٣٧ — ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ١٧٧ — بيزانسون ١٤ مايو سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٣ — ٢ — ١١٠ — باريس ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ — ٢ — ١٨١ .
(٤) باريس ٢٥ مايو سنة ١٩٠٢ جازيت دي تريبينو ١٤ سبتمبر سنة ١٩٠٢ .

هو أن تبقى العين له دون أن يتصرف فيها لأحد • لذلك ترك القضاء الفرنسى التصرف الأصلى قائما ، واقتصر على ابطال التصرف الذى صدر مخالفا للشرط المانع • فعلى أى أساس يقوم هذا القضاء ؟

قيل ان الشرط المانع يرتب التزاما فى ذمة المتصرف له بالامتناع عن عمل ، أى بالامتناع عن التصرف فى العين ، فاذا أخل الملتزم بهذا الالتزام وتصرف فى العين ، جاز أن يكون الجزاء على الاخلال بالالتزام هو التعويض العينى ، أى ابطال التصرف الذى صدر مخالفا للشرط المانع • وهذا ما تقضى به المادة ١١٤٣ مدنى فرنسى ، فهى تقرر أن الدائن فى الالتزام بالامتناع عن عمل من حقه أن يطلب ازالة ما تم مخالفا لهذا الالتزام (a la droit de demanderque ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit) (١) • ولكن هذا القول مردود بأن المقصود بعبارة « الازالة » (soit détruit) الواردة فى آخر المادة ١١٤٣ مدنى فرنسى هو الهدم المادى ، لا ابطال التصرف المخالف للالتزام بالامتناع (٢) •

وقيل ان الشرط المانع انما يجعل المتصرف له ناقص الأهلية ، فلا يملك التصرف فى العين تصرفا صحيحا ، بل يكون تصرفه فيها قابلا للابطال (٣) • وهذا القول مردود أيضا بأن نقص الأهلية انما يحدده القانون ، ولا يجوز للشخص بارادته أن يجعل نفسه ناقص الأهلية (٤) • ولو سلمنا جدلا بأن المتصرف له يصبح بالشرط المانع ناقص الأهلية ، لكان هو وحده الذى يطلب ابطال التصرف الصادر منه مخالفا للشرط المانع ، ولما جاز أن يطلبه المتصرف أو الغير ، وقد رأينا

---

(١) كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٣٠ — وانظر أيضا فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ١٠٢ ص ١٢٩ — عبدالمنعم البدراوى فقرة ٧٧ ص ٩٩ •

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٣٧ هامش ٢ •

(٣) انظر فى هذا المعنى جوسران ١ فقرة ١٨٥٠ •

(٤) مارتي ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ •

أن القضاء الفرنسي يسلم بأن لأى من هذين طلب الابطال متى كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحته .

وقيل ان الشرط المانع انما يقع على العين ذاتها فيجعلها غير قابلة للتصرف فيها ، فى حدود المصلحة التي تقرر الشرط المانع لحمايتها (١) . ويرد على هذا القول بما يأتى :

١ — ان القول بأن الشرط المانع يجعل العين غير قابلة للتصرف فيها لا يتفق مع القول بأن التصرف المخالف للشرط المانع انما يكون قابلا للابطال . فمتى كانت العين غير قابلة للتصرف فيها ، ترتب على ذلك فى منطق القانون أن يكون كل تصرف فيها باطلا ، لا قابلا للابطال .

٢ — وحتى مع التسليم جدلا بالقابلية للابطال (أى بالبطلان النسبى) ، فان أسباب القابلية للابطال طبقا للقواعد العامة محددة على سبيل الحصر . فهى ترجع اما لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء ، فلا يستطيع اذن الطرفان باتفاق بينهما ، ودون نص خاص فى القانون يجيز لهما ذلك ، أن يخلقا سببا آخر للقابلية للابطال .

٣ — ثم ان القول بالقابلية للابطال لا يسيغ الا للمتصرف له ، وهو من تقررت القابلية للابطال لمصلحته ، أن يطلب الابطال . وهذا يجعل الشرط المانع ليست له قيمة عملية ، فان المتصرف له لن يطلب ابطال تصرف صادر منه هو ، فيعرض نفسه للرجوع عليه بالضمان ورد الثمن الذى قبضه ، وهو حريص على أن يستبقى الثمن (٢) .

٤ — واذا أراد القضاء الفرنسي أن يتحول من البطلان النسبى الى البطلان المطلق ، فانه يصادف نفس العقبة اذ أن البطلان المطلق

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٨ — مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ .

(٢) كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٢١ ص ٨٣١ .

يفترض أن العين غير قابلة للتصرف فيها كما قدمنا ، وعدم قابلية العين للتصرف فيها أمر لا يصح أن تنشئه ارادة الطرفين ، بل لابد فيه من نص تشريعي ، وهذا النص التشريعي غير موجود فى القانون الفرنسى (١) .

والواقع أن القضاء الفرنسى قضاء اجتهادي محض ، ينقصه النص التشريعى الذى يستند اليه . وهو فى الوقت ذاته قضاء لا يخلو من التناقض ، فهو يقيم دون نص الأساس للبطلان المطلق ، ثم يستخلص منه دون نص كذلك البطلان النسبى . هذا من الناحية النظرية . ومن الناحية العملية ، هو قضاء لا يفى بالحاجات العمليه ، فهو لا يسمح للمتصرف أن يطلب ابطال التصرف الصادر من المتصرف له مخالفا للشرط المانع ، والمتصرف له لن يطلب ابطال التصرف الصادر منه كما قدمنا ، وبذلك يتجرد الشرط المانع من كل قيمة عملية .

ويتبين من كل ذلك أن المسألة فى حاجة الى نص تشريعى يضع الأمور فى نصابها ، وهذا النص التشريعى قد وجد فى التقنين المدنى المصرى .

٣٢٣ — البطلان فى التقنين المصرى بطلان مطلق — نص تشريعى:
لم يشأ التقنين المدنى المصرى أن يسكت عن تحديد مصير التصرف الذى يقع مخالفا للشرط المانع ، فنصت المادة ٨٢٤ مدنى على ما يأتى :

« اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا » (٢) .

---

(١) أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ هامش ٣٧ سابعا .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٥ — ص ٧٧) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٧٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٢٣ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى قانون الملكية العقارية اللبنانى — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨١٦ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٢٩ (٢) .

---

(١) لا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن بعض أحكام القضاء المصرى ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، كانت تقضى بالبطلان المطلق على الوجه المنصوص عليه فى المادة ٨٢٤ من التقنين المدنى الجديد : استئناف مصر ١٣ ابريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٦٤ ص ٢١٠ — ٢٠ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٠٩ ص ١٦٢ — طنطا ٦ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٣٩ ص ٨٦٤ .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٧٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى م ٨١٦ : ١ — اذا كان الشرط المانع او المقيد للتصرف صحيحا ، وتصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط ، جاز لكل من المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته ابطال التصرف . ٢ — ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط اذا اقره المشترط وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير .

(وتختلف أحكام التقنين الكويتى عن احكام التقنين المصرى ، ذلك ان التصرف المخالف للشرط المانع فى التقنين المصرى يقع باطلا بطلانا مطلقا ولكل ذى شأن ان يطلب بطلان التصرف المخالف للشرط ولا تصححه الاجازة ، فى حين أن التقنين الكويتى قصر طلب ابطال التصرف على من تقرر الشرط لمصلحته وجوازا له . ونص على ان هذا التصرف المخالف للشرط يصح اذا اقره المشترط ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير) .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٢٩ : يقع باطلا كل شرط يمنع المتصرف اليه من التصرف ما لم تتوفر فيه أحكام المادة السابقة (التى تضمنت الشروط الواجب توافرها فى الشرط المانع من التصرف) .

(وهذا النص يتفق مع احكام التقنين المصرى ، ولكن المشروع الأردنى لم يورد نصا عن جزاء صدور تصرف مخالف للشرط المانع من التصرف ، وهل اعتبره باطلا بطلانا مطلقا ام باطل بطلان نسبى ونرى ان الأقرب =

ويحسن ، قبل تنـاول النص ، أن نبين أولا التكييف القـانونى للشرط المانع . فهل هذا الشرط يقتصر على ترتيب التزام شخصي فى ذمة المتصرف له يمنعه من التصرف فى العين ، أو هو شرط يجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيهـا (١) ؟ اختـار التقنين المدنى المصرى التكييف الثانى ، فجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها . ويترتب على ذلك بطلان أى تصرف يقع مخالفـا للشرط المانع بطلانا مطلقا . وهذه نتيجة منطقية . بل هى نتيجة بديهية . نجعل العين غير قابلة للتصرف فيهـا . ولما كان ذلك يحتاج الى نص تشريعى ، فقد أورد التقنين المدنى هـذا النص فى المادة ٨٢٤ مدنى سالفة الذكر . حيث صرح كما رأينا بأن كل تصرف مخالف للشرط المـانع « يقع باطلا » . ولا شك فى أن التصرف الباطل . فى لغة التقنين المدنى المصرى ، هو التصرف البـاطل بطلانا مطلقا ولا شيء غير ذلك . أما اذا كان التقنين يريد البطلان النسـبى ، فانه يستعمل دائما لأداء هذا المعنى عبارة « قابل للابطال » .

فالتصرف المخـالف للشرط المـانع هو اذن ، فى التقنين المدنى المصرى ، تصرف باطل بطلانا مطلقا بصريح النص . وهذا الحكم فيـه مزيتان يتفوق بهما على القضاء الفرنسى :

(المزية الأولى) أنه يتفق مع جعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها . فجزاء التصرف فى عين غير قابلة للتصرف فيها هو البطلان المطلق لا البطلان النسبى . أما لو جعل الشرط المانع يقتصر على ترتيب التزام شخصى فى ذمة المتصرف له بالامتناع عن التصرف ، لكان جزاء التصرف المخالف ليس هو البطلان المطلق ، ولا هو البطلان النسبى ، بل هو فسخ التصرف الأصلى. ولم يرد التقنين المدنى المصرى أن يجاوز ما قصد اليه

= لمفهوم نصوص التقنين الأردنى أن التصرف المخالف للشرط الصحيح المانع من التصرف يعتبر قابلا للابطال بناء على طلب من تقرر الشرط لمصلحته أى يكون باطل بطلانا نسبيا) .

(١) انظر مناقشة هذه المسـألة فى بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٧٦ .

المتصرف من ايراده للشرط المانع ، فهو لم يقصد عند مخالفة الشرط فسخ التصرف الأصلى ، بل ابقاء هذا التصرف قائما مع الغاء ما صدر من المتصرف له من تصرف مخالف للشرط المانع ، وقد سبقت الاشـارة الى ذلك •

(المزية الثانية) عالج التقنين المدنى المصرى بالحكم الذى أورده — البطلان المطلق — عيبا وقع فيه القضاء الفرنسى عندما اتجـه الى البطلان النسبى • فالبطلان المطلق يسمح للمتصرف، ولكل ذى شأن، أن يطلب بطلان التصرف المخـالف للشرط ، حتى لو كان الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف له وحده (١) • فأصبح للشرط المانع قيمة عملية تؤدى الى اسقاط كل تصرف يصدر مخالفا لهذا الشرط ، سـواء تقرر الشرط لمصلحة المتصرف أو لمصـلحة المتصرف له أو لمصلحة الغير • فالبطلان المطلق يستطيع أن يتمسك به كل ذى مصلحة ، بل ويتمسك به من تلقى التصرف المخالف للشرط وهو الذى تعاقد مع المتصرف له • فمتى صدر من المتصرف له تصرف مخالف للشرط المانع الى شخص معين ، كان لكل من طرفى التصرف المخـالف للشرط التمسـك بالبطلان • وكان كذلك للمتصرف وله دائما مصلحة أدبية فى عدم مخـالفة الشرط المانع الذى فرضه ، وللغير اذا تقرر الشرط المانع لمصلحته ، التمسك بالبطلان •

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصـدد : « واذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما ، فالشرط المانع من التصرف صحيح • فان خولف ، كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقـا لعدم

(١) وحتى لو كان من تعامل مع المتصرف له فى التصرف المخالف للشرط المانع حسن النية ، اى لا يعلم بالشرط المانع ، متى كان هذا الشرط قـد تضمنه تسجيل التصرف الأصلى • وبهذا يقول القضاء والفقه فى فرنسا (باريس ٢٥ مايو سنة ١٩٠١ جازيت دى تريبينو ١٤ سبتمبر سنة ١٩٠١ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٣٠ — وانظر بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٨٧٥ — مارتى ورينو فقـرة ٥٦ ص ٧٠ — ص ٧١) •

قابلية المال للتصرف . وقد حسم المشروع بهذا الحكم خلافا قام حول هذه المسألة ، اذ كان القضاء مترددا بين بطلان التصرف المخـــالف أو فسخ التصرف الأصلى . والذى يطلب بطلان التصرف المخـــالف هو المتصرف ، اذ له دائما مصـــلحة فى ذلك . ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير ، اذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمى مصـــلحة مشروعة لأحد منهما (١) . وهذه هى القاعدة التى سبق تقريرها فى الاشتراط لمصلحة الغير » (٢) .

---

(١) يلاحظ أنه فيما يتعلق بالمتصرف له يجوز له دائما طلب بطلان التصرف المخالف للشرط المانع ، حتى لو كان هذا الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف او لمصلحة الغير دون مصلحته هو ، لأنه احد طرفى التصرف الباطل . فالمتصرف له، كالمتصرف يجوز له دائما طلب البطلان . وهذا بخلاف الغير ، فلا يجوز لـــه طلب البطلان الا اذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحته ، وذلك حتى تكون له مصلحة تسوغ له وهو من الغير طلب بطلان التصرف . وعلى هذا الوجه يجب أن تفهم المذكرة الايضاحية .

والمشترى من المتصرف له هو الطرف الآخر فى التصرف الباطل ، ومـــن حقه كما قدمنا ان يطلب هو أيضا للبطلان . وليس هذا غريبا فى منطق البطلان المطلق ، وهو بعد لايخلو من فائدة للمشترى اذ يستطيع أن يبادر الى طلب البطلان ، فلا يطالب بالثمن اذا كان لم يدفعه ، او يسترده اذا كان قد دفعه. قارن شفيق شحاته فقرة ١٠٢ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ٧٧ — وقد تضاربت الآراء فى الفقه المصرى فى هذه المسألة :

فقد ذهب الأستاذ شفيق شحاتة الى أن « الاتفاق على المنع مـــن التصرف يتولد عنه فقط التزام بالامتناع عن عمل هو التصرف ... فاذا تصرف الملتزم بعدم التصرف فانه يكون قد أخل بالتزامه .. ولذلك فانا نرى أن المتصرف يستطيع ان يطلب ابطال التصرف كطريق من طرق التنفيذ العينى » (شفيق شحاته فقرة ١٠٣ ص ١٢٨ — ص ١٢٩ — وانظر أيضا فى هذا المعنى عبد المنعم البدراوى فقرة ٧٧ ص ٩٩) .

ويقول الأستاذ اسماعيل غانم : « وتثور الصعوبة بصدد تحديد احكام هذا البطلان . فقد جاء فى المذكرة الايضاحية انه اذا خولف الشرط ، كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف . ولكن مقتضى البطلان المطلق أن يكون لكل ذى مصلحة التمسك به ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول بالاجازة (م ١٤١) . وتلك نتائج لاتستقيم مـــع الغرض المقصود من الشرط المانع ، وهو حماية مصلحة خاصة لشخص معين . فيجب — على الأقل حيث يكون الشرط المانع مقررا لمصلحة شخص آخر غير المالك (المشترط أو الغير) — أن يكون هو صاحب الشأن الأول =

= في الانتفاع بتلك الحماية ، فيجب ان يتوقف الحكم بالبطلان على مطالبته به، ويكون له أن يتنازل عن حقه في الابطال باجازة التصرف المخالف . ولكن ليس معنى ذلك ان أحكام البطلان النسبي منطبقة انطباقا تاما . فالبطلان النسبي طبقا للقواعد العامة انما يقرر لمصلحة احد المتعاقدين ، في حين ان الشرط المانع قد يكون مقررا لحماية المشترط او الغير وهو ليس طرفا في التصرف المخالف . واذا كان الشرط المانع مقررا لحماية نفسه من رعونته او تبذيره ، فان تطبيق أحكام البطلان النسبي تطبيقا كاملا يقتضي قصر طلب بطلان التصرف المخالف على المالك وتخويله حق الاجازة ، وذلك كفيل بتجريد الشرط من قيمته العملية . ولذلك يتعين في هذه الحالة تخويل المشترط حق طلب الابطال بناء على ما له من مصلحة ادبية ، وبالتالي فلا تكفي اجازة المالك لكي يصبح التصرف المخالف في مأمن من الابطال بل يجب ان تنضم الى اجازة المشترط » (اسماعيل غانم فقرة ٤١ ص ٩٠) — وانظر ايضا قريبا من هذ المعنى : حسن كيرة فقرة ٩١ ص ٣٠١ وص ٣٠٤ — ص ٣٠٥ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٣ ص ١٧٣ — ص ١٧٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١١٦ .

ويقول الأستاذ محمد على عرفة « الواقع ان اشتراط المنع من التصرف في ذاته لم يجر على حكم القواعد العامة ، فلا محل اذن لمحاولة اسناد الجزاء المترتب على مخالفته الى اساس من المبادىء المقررة في القانون . وكل ما يمكن قوله في هذا الصدد هو أن القضاء قد اباح للأفراد الخروج على النظام القانوني للملكية ، فأباح اشتراط المنع من التصرف في الأموال ، وذلك من شأنه ان تصبح هذه الأموال مثقلة بتكليف عيني (charge réelle) ، فتخرج عن دائرة التعامل ، وهو ما يؤدي الى بطلان كل تصرف فيها على خلاف مقتضى هذا التكليف » (محمد على عرفة فقرة ٢٨١ ص ٣٦٩) . ثم يقول في موضع آخر : « قرر المشرع في المادة ٨٢٤ ... وقد جاء بالمذكرة الايضاحية ... والواقع ان المشرع لم يحسم بهذا الحكم ذلك الخلاف فحسب ، فقد انقضى ذلك الخلاف بما استقر عليه القضاء الفرنسي من تقرير بطلان التصرف المخالف ، ولكنه رد البطلان الى اساسه القانوني السليم ايضا ، بأن قرر بطلانه بطلانا مطلقا ، لانسبيا كما ذهب اليه القضاء الفرنسي » (محمد على عرفة فقرة ٢٨٢ ص ٣٧٠) . ونحن نؤيد الأستاذ محمد على عرفة فيما ذهب اليه تأييدا تاما ، ولا نتوقف الا في شيء واحد هو قوله « فتخرج عن دائرة التعامل » . ففي رأينا ان المال الممنوع التصرف فيه لم يخرج عن دائرة التعامل ، الا اذا أريد بالتعامل التصرف ، فهو مال خرج عن دائرة التصرف دون أن يخرج عن دائرة التعامل ، اذ هو لايزال قابلا للتعامل فيه فيما لا يتعارض مع الغرض من الشرط المانع ، فيجوز ايجاره وتوارثه وتملكه بالتقادم ونزع ملكيته للمنفعة العامة وما الى ذلك (انظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ١١١ — ص ١١٢) .

انظر ايضا في معنى البطلان المطلق : محمد كامل مرسي ١ فقرة ٤١٤ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١١٨ ص ١٦٤ — جميل الشرقاوي في رسالته في البطلان فقرة ٤٠ ص ١١٣ — ص ١١٤ .

لكن محكمة النقض لم تأخذ بهذا الرأى ولم تعتبر التصرف المخالف للشرط المانع باطلا بطلانا مطلقا ، بل اعتبرته باطلا بطلانا نسبيا لا يتمسك به سوى الشخص الذى تقرر الشرط المانع لحماية مصلحته ، وان ما ورد بالمذكرة الايضاحية للقانون المدنى من اعتبار هذا التصرف المخالف باطلا بطلان مطلق فانه لا يعتد به لما ينطوى عليه من خروج عن المعنى الصحيح الواضح للنص الذى اقتصر على بيان طبيعة الجزاء وهو البطلان دون تحديد نوعه فيرجع فى تحديد نوع هذا البطلان الى الغاية التى تغياها المشرع منه وهى حماية المصلحة الخاصة المشروعة وليست المصلحة العامة .

وقد قضت محكمة النقض بأن الفقه والقضاء استقر فى فرنسا فى ظل القانون المدنى القديم — الذى لم يتناول الشرط المانع من التصرف وجزاء مخالفته — على ان هذا الشرط لا يصح الا اذا أقت وكان القصد منه حماية مصلحة جدية مشروعة . واذا خولف بعد استيفاء شروط صحته حكم بفسخ التصرف الأصلى أو ابطال التصرف المخالف بناء على طلب من وضع الشرط المانع لمصلحته ، لما كان ذلك ، وكان النص فى القانون المدنى الجديد فى المادة ٨٢٣ على أنه « ١ — اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصور على مدة معقولة . ٢ — ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف اليه أو الغير » ، والنص فى المادة ٨٢٤ منه على أنه « اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة وكل تصرف مخالف له يقع باطلا » ، يفيد أن المشرع — وعلى ما أوضحت عنه المذكرة الايضاحية — قد قنن ما استقر عليه الفقه والقضاء من قبل ولم يضف جديدا الا حسم الخلاف بين ما تردد فيه القضاء من الحكم ببطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلى عند مخالفة الشرط المانع وآثر أن تكون طبيعة الجزاء هو بطلان التصرف المخالف دون حاجة الى فسخ

التصرف الأصلي أما نوع الجزاء فقد أبقى عليه وهو ليس بطلانا مطلقا بل هو بطلان نسبي يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص وهو ما صرحت به المذكرة الايضاحية بقولها « ان الذى يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف اذ أن لـه دائما مصلحة فى ذلك ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير اذا كان الشرط المانع أراد أن يحمى مصلحة مشروعة لأحد منهما » ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده ويمتنع على المحكمة الحكم لبطلان من تلقاء نفسها ، ولا محل بعد ذلك للتحدى بما ورد بصدر المذكرة الايضاحية من تحديد لنوع هذا البطلان من أنه « بطلان مطلق لعدم قابلية المال للتصرف » لما فيه من خروج عن المعنى الصحيح الواضح للنص الذى اقتصر على بيان طبيعة الجزاء وهو البطلان دون نوعه الذى يتحدد بمدلوله أخذا بالغاية التى تغياها المشرع منه وهى حماية المصلحة الخاصة المشروعة لا المصلحة العامـة (١) .

كما قضت محكمة النقض بأن البطلان المقرر بالمادة ٨٢٤ من القانون المدنى لمخالفة شرط المنع من التصرف — وعلى ما جرى من قضاء هذه المحكمة — ليس بطلانا مطلقا بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهى حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده ويمتنع على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها (٢) .

وقضت محكمة النقض بأن المادة ٨٢٤ من القانون المدنى وان نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ولم تتعرض

---

(١) نقض مدنى فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣٢٦ صفحة ١٧٤٧ .

(٢) نقض مدنى فى ٢٤ مارس سنة ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ١٥٩ صفحة ٧٦٣ .

للعقد الأصلى الوارد فيه هذا الشرط . الا أن ذلك لا يمنع المتعاقد الذى اشترط هذا الشرط من طلب فسخ هذا العقد إستنادا الى الأحكام العامة المقررة للفسخ فى العقود الملزمة للجانبين متى كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتى بدونها ما كان يتم اذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له فى هذه الحالة اخلالا منه بأحد التزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه طلب فسخ العقد طبقا للمادة ١٥٧ /١ من القانون المدنى (١) .

المبحث الثانى

خصائص حق الملكية

٣٢٤ — خصائص ثلاث لحق الملكية :

يقال عادة ان حق الملكية له خصائص ثلاث : ١ — فهو حق جامع (total) . ٢ — وهو حق مانع (exclusif) . ٣ — وهو حق دائم (perpétuel) . وكان يقال قديما ان الملكية حق مطلق (absolu) ، وقد رأينا (٢) أن الملكية على العكس من ذلك حق مقيد ، اذ يجب على المالك أن يلتزم حدود القانون ، وأن يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية .

ونعالج الخاصيتين الأوليين — الملكية حق جامع مانع — فى مطلب ، ونفرد للخاصية الثالثة — الملكية حق دائم — مطلبا ثانيا لأهميتها .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٧ يونية سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٨٣ صفحة ١٢٢٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٢٩٧ .

المطلب الأول

الملكية حق جامع مانع

٣٢٥ — الملكية حق جامع :

قدمنا أن الملكية حق يشتمل على أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء ، فهي تخول المالك الانتفاع بالشيء (jus utendi) ، واستغلاله (jus fruendi) والتصرف فيه (jus abutendi) وليس لصاحب أي حق عيني آخر على الشيء كل هذه السلطات جميعا ، بل لا يكون له الا بعضها . ثم ان للمالك أن يصنع بملكه ما يشاء ، الا ما منع منه القانون . فالأصل في الملكية الاباحة ، والتحريم هو الاستثناء . ولابد في الاستثناء من نص ، وهذا النص لا يجوز التوسع في تفسيره (١) . ومن ثم كانت الملكية حقا جامعا (plena in re potestes).

ويترتب على أن الملكية حق جامع أمران :

(الأمر الأول) أن الأصل في حق المالك أن يكون جامعا لكل السلطات ، ولا يكلف المالك الا باثبات ملكه طبقا للطرق المقررة قانونا . ومن يدعى أن له حقا في ملك الغير ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، أو يدعى أن هناك قيدا تقرر لمصلحته على ملك الغير كقيام شرط مانع من التصرف ، فعليه هو ، لا على المالك ، يقع عبء الاثبات . ذلك أن المفروض هو أن المالك يجمع كل السلطات ، فما لم يثبت أخذ أن القانون أو الاتفاق خول له بعضها يقينا على حكم الأصل . واعتبرنا الملكية جامعة أي خالية من أي قيد (٢) .

(والأمر الثاني) أن أي حق يتفرع عن الملكية يكون عادة موقتا .

---

(١) انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Propriété فقرة ٣٦ .

(٢) أوبرى ورو وبارتان ٢ فقرة ١٩٠ ص ٢٤٨ — بودرى وشوفو فقرة ٢٠٢ .

فحق الانتفاع وما يلحقه من حق الاستعمال وحق السكنى هى بالضرورة حقوق موقتة ، ولا يجوز أن تجاوز مدتها حياة أصحابها . وحقوق الارتفاق يمكن أن تكون حقوقا موقتة ، واذا لم تحدد لها مدة فان هناك أسبابا معينة ذكرها القانون لانقضائها سيأتى بيانها عند الكلام فى حقوق الارتفاق (انظر المواد ١٠٢٣ — ١٠٢٩ مدنى) . وحق الحكر لايجوز أن تزيد مدته على ستين سنه ، فاذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة ، اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) . وحقوق الرهن والاختصاص والامتياز تزول حتما بانقضاء الحقوق الشخصية التى تكفلها . ومتى تقرر أن الحقوق المتفرعة عن الملكية هى حقوق موقتة على النحو الذى رأيناه ، فان أى حق منها متى استوفى مدته ، ارتد حتما وبحكم القانون الى الملكية ، فيعود لحق الملكية ما كان قد انتقص منه بسبب قيام الحق المتفرع عنه . ذلك أن الملكية حق جامع شامل كما قدمنا ، فاليه يعود جميع ما تفرع عنه من حقوق بعد أن تستنفد هذه الحقوق مدة بقائها . فاذا استنفد حق الانتفاع مثلا مدة بقائه ، ارتد الى الرقبة ، وعادت الملكية كاملة وكانت قبل ذلك ناقصة بقيام حق الانتفاع منفصلا عنها .

٣٣٦ — الملكية حق مانع :

ومعنى أن الملكية حق مانع هو أنها حق مقصور على المالك دون غيره ، فلا يجوز لأحد أن يشاركه فى ملكه ، أو أن يتدخل فى شئون ملكيته . وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٢ مدنى كان يجرى على الوجه الآتى : « لمالك الشىء ، ما دام ملتزما حدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به ، وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير ... » . وقد عدل النص فى لجنة المراجعة ، فأصبح يجرى على الوجه الآتى : « لمالك الشىء وحده ... » (١) ، فحل لفظ « وحده » محل عبارة « دون أى تدخل من الغير » ، دون تغيير فى المعنى . وتأكيدا

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٦٧ فى الهامش .

لمعنى أن الملكية حق مانع لا يجوز معه أن يتدخل الغير في انتفاع المالك بملكه ، حذفت لجنة مجلس الشيوخ من مشروع التقنين المدنى عندما كانت تنظره نصا (م ١١٧٠ من المشروع التمهيدى) كان يجرى على الوجه الآتي : « اذا تدخل الغير في انتفـاع المالك بملكـه ، وكان هذا التدخل ضروريا لتوقي خطر داهم هو أشد كثيرا من الضرر الذي يصيب المالك من التدخل ، فليس للمالك أن يمنع ذلك ، وانما له ان يحصل على تعويض عما أصابه من الضرر » (١) . وقالت اللجنة في تقريرها : اقترح حذف المادة ... ، لما قد تؤدى اليه من انتهاك حرمة ملك الغير ، وما قد تخلقه من مشاكل لا ضابط لها ولا تحمد عقباها . وقد رأت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، ولكن على أساس أن النتيجة العملية من النص تتحقق في الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة الى نص من ناحيـة ، وأن في فكرة التعسف في استعمال الحق ما قد يغنى عن أحكـام هذه المادة في كثير من الفروض التي تقصر فيها المروءة عن قضاء حق الضرورة» (٢) .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ١ — يضع هذا النص مبدأ عاما يقيد من الملكية تقييدا أساسيا ، سترد له تطبيقات كثيرة فيما بعد . والمبدأ مقتبس من التقنين الألماني ، وفيه وزن صحيح لجميع المصالح المشروعة . فان الغير قد يجد نفسه مضطرا الى التدخل في انتفاع المالك بملكه حتى يتوقى ضررا اشد بكثير من الضرر الذى يصيب المالك من هذا التـدخل . لذلك وجب اختيـار أهون الضررين ، فيتحمـل المالك الضرر الأخف حتى يدرأ عن الغير الضرر الأشد . ولايترك المالك بعد ذلك دون تعويض ، بل يعوض تعويضا عادلا عما اصابه من الضرر . ومـا حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور الا تطبيقات لهذا المبدأ . ٢ — ويلاحظ ان التقنين الألماني عبر عن هذا المعنى بنص ذكر فيه انه لايجوز للمالك ان يمنع الغير من استعمال ملكه ، اما المشروع فقد استعمل تعبيرا اوسع فذكر « تدخل الغير في انتفاع المالك بملكه » . والتعبير بالتدخل في انتفاع المالك ينطوى تحته الدفاع الشرعى عن النفس او المال ، كما تنطوى تحته حالة الضرورة ، وقد سبق ذكر هاتين الحالتين في العمل غير المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩ — ص ٣٠ في الهامش — وقد قضى بأن لمالك البناء ، في سبيل اصلاحه وترميمه ، ان يستعين بملك الجار ، كأن يضع فيه سلما او نحو ذلك مما يستعان به في ترميم البناء مادام تعديه على ملك الجار خفيفا وموقوتا ، على أن يكون للجار الحـق =

وليس قصر الملكية على المالك خاصا بحق الملكية وحده ، بل ان كل حق آخر ، عينيا كان الحق أو شخصيا ، مقصور على صاحبه . ولكن القصر في حق الملكية أكثر بروزا من القصر في غيره من الحقوق ، لأن حق الملكية هو أوسع الحقوق نطاقا فقصره على صاحبه يكون أبلغ أثرا .

ويترتب على أن الملكية حق مانع أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكا لشخصين في وقت واحد . يجوز أن يكون الشيء الواحد مملوكا لشخصين على الشيوع ، ولكن كلا من الشخصين لا يملك الشيء كله ، بل يملك جزءا منه شائعا . ويجوز ان يملك البناء أشخاص متعددون ، ولكن كلا من هؤلاء الأشخاص يملك طبقة أو أكثر من طبقات هذا البناء ، دون أن يملك كل منهم البناء كله . ولو أمكن تصور أن يملك شخصان كل الشيء بحيث يملك كل منهما كل الشيء في وقت واحد ، على

= في الحصول على تعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب هذا التعدي (استئناف مختلط ١٨ ابريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٩) . وقد نصت المادة ١٦٨ مدني على ان « من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، فلا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا » . ولكن من جهة اخرى قضى بأن ترخيص مصلحة التنظيم باحداث بناء لا يقلل من حق الجار الملاصق في المعارضة في ان يقام هذا البناء مستندا على عقاره هو ، ولو لم يكن ذلك مهددا لسلامة مبانيه (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٦٩) .

وقد حذفت لجنة مجلس الشيوخ أيضا نصا (م ١١٧٩ من المشروع التمهيدي) كان يجرى على الوجه الآتي : « على كل مالك ان يأذن ، في نظير تعويض عادل اذا اقتضى الحال ، لكل شخص ذي مصلحة بأن يدخل ملكه أو يمر فيه ، كلما تبينت ضرورة ذلك الاجراء للقيام بأعمال ترميمية او انشائية لذلك الشخص ، أو لاستعادة أشياء ضائعة ، او لتحقيق اية مصلحة مشروعة أخرى ، بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ » . كما حذفت لجنة المراجعة نصا (م ١١٨٠ من المشروع التمهيدي) كان يجرى على الوجه الآتي : « على مالك الأرض الواقعة على الطريق العام ، اذا أصبح المرور في الطريق متعذرا ، أن يسمح بمرور الجمهور في أرضه ، بشرط أن يكون المرور بالقدر المعقول ، اذا اقتضى الحال ذلك » . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨ — ص ٥٠ — وسنعود الى هذين النصين عند الكلام في قيود الملكية (انظر ما يلي فقرة ٤٦٥ في الهامش) .

نحو ما نراه فى الحق الشخصى عندما يكون له دائنان متضامنان فيملك كل منهما الحق كله بالنسبة الى المدين ، لما كانت الملكية حقا مانعا ، اذ هى ثم تمنع أن يوجد الى جـانب مالك الشىء مالك آخر يملك فى وقت واحد نفس الشىء وكل الشىء (١) •

٣٢٧ ـ ما يرد من القيود على أن الملكية حق جامع مانع :

واذا قلنا ان الملكية حق جامع مانع ، فان هذا هو الأصل • ولكن يرد على هذا الأصل استثناءات كثيرة ، من شأنها أن تقيد من شمول حق الملكيه ومن قصرها على المالك •

فهناك قيود قانونية كثيرة تحد من سلطات المالك على الشىء ، بل وتبيح تدخل الغير فى ملكه • من ذلك ما يقرره القانون على الجيران من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور ، وما يفرضـــه على الجار فى الا يجاوز مضار الجوار المالوفة ، وفى مراعاة مسافة معينة فى فتح مطل على جاره • وسياتى بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى القيود التى ترد على حق الملكية •

ومن ذلك جواز نزع الملكية جبرا على صاحبها للمنفعة العامة ، بعد أن يدفع للمالك مقدما تعويض عادل •

ومن ذلك ما هو مقرر من أن للملكية وظيفة اجتماعية ، يفرض على المالك القيام بها •

ومن ذلك حق الشفعة وحق الاسترداد ، ففيهما يجبر المالك على بيع ملكه لشخص معين دون المشترى الأصلى •

ومن ذلك ما أعطى للمستأجر ، ســـواء كان مســـتأجر الأماكن أو مستأجر الأراضى الزراعية ، من حقوق واسعة تقيد من ســلطات المالك وتلزمه ألا يجاوز فى تحديد الأجرة حدا معينا ، وفى ألا يخرج المستأجر من ملكه بعد انتهاء الايجار •

---

(١) انظر بودرى وشوفو فقرة ٢٠١ •

ومن ذلك التسعير الجبرى ، وفيه يجبر المالك على بيع سلعته بثمن لا يجاوز حدا معينا ٠

ومن ذلك ما استحدث أخيرا من تأميم المشروعات الخاصة ، فتنزع ملكيتها جبرا على أصحابها ، وبعد أن كانت جزءا من القطاع الخاص تصبح تابعة للقطاع العام ٠

ومن ذلك ما يفرضه قانون الاصلاح الزراعى من ألا تجاوز الملكية الزراعيه أو الحيازة حدا معينا ٠

وسنعرض لهذه القيود تفصيلا عند الكلام فى القيود التى ترد على حق الملكية ٠

المطلب الثانى

الملكية حق دائم (*)

٣٢٨ ـ الملكية حق دائم بالنسبة الى الشىء المملوك لا بالنسبة الى شخص المالك :
واذا قلنا ان الملكية حق دائم ، فانما نقصد أنها حق دائم بالنسبه الى الشىء المملوك ، لا بالنسبة الى شخص المالك ، ذلك أن الملكية تبقى مادام الشىء المملوك باقيا ، ولا تزول الا بزوال هذا الشىء أى بهلاكه ٠ فهى اذن حق دائم بالنسبة الى الشىء المملوك ، فمادام هذا الشىء باقيا لم يهلك فهى دائمة لا تزول ٠

ولكن شخص المالك لا يبقى واحدا على الدوام ، فكثيرا ما تنتقل الملكية من شخص الى آخر ، فيتغير شخص المالك حتى لو كان هذا المالك شخصا معنويا ٠ فاذا كان شخصا طبيعيا ، فالملكية لا شك منتقلة الى

(*) مراجع :
Chauffardel فى دوام حق الملكية رسالة من اكس سنة ١٩٣٢ Aulagnon فى دوام الملكية المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٣ ٠

شخص آخر بعد وقت محدود لايجاوز عمر المالك ، واذا مات هـــذا انتقلت الملكية الى وارثه أو الى من أوصى له بالملك ، ولكن تغير شخص المالك لايعنى عدم دوام الملكية ، فالملكية باقية هى بعينها حتى لو انتقلت الى شخص اخر ، وانتقال الملكية لايعنى زوالها ، ويقال فى هذا المعنى عادة ان الملكية تتأبد بانتقالها (La propriété se perpétue en se transmettant)(١) •

ولدوام حق الملكية على النحو الذى بيناه معان ثلاثة ، المعنيـــان الأولان لا خلاف فيهما ، والمعنى الثالث وحده هو محل الخلاف •

٣٢٩ — المعنى الأول لدوام حق الملكية — الملكية بطبيعتها غـــير موقتـــة :

وأول معنى يفيده دوام حق الملكية أن هذا الحق هو بطبيعته غير موقت • وقد قدمنا أن الحقوق الأخرى غير حق الملكية تكون بطبيعتها موقتة ، أو يمكن أن تكون موقتة • فالحق الشخصى لايمكن أن يكون دائما ،ولابد من انقضائه فى وقت ما ، تبعا لما يرد عليه من أسباب الانقضاء• والحقوق العينية غير حق الملكية ، كحق الانتفاع (٢) • وحـــق الحكر

---

(١) بيدان وفواران ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٣٠٤ — مازو فقرة ١٣٤٨ •

وانظر فى دفع الاعتراضات الوارده على انتقال حق الملكية والقائلة بأن حق الملكية يزول عند انتقاله • وينشأ حق ملكية جديد لمن خلف المالك الأصلى : مارتى ورينو فقرة ٤٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٢٧٢٦ وفقرة ٢٨٥٩ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بان المادة ٩٩٣ من القانون المدنى نصت صراحة على أن ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين فان لم يعين أجل عد مقررا لحياه المنتفع وهو ينتهى على اى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضـــاء الأجل المعين . وامام صراحة النص فلا محل للخروج عليه او تاويله ، وامام عموميته فلا محل لتخصيصه ، ويكون الحكم المطعون فيه قد التزم صـــحيح القانون حين قال بسريان هذه الأحكام على جميع الاحوال ايا كان مصدر حق الانتفاع وسواء أكان قد نشأ بطريق مباشر او بطريق غير مبـــاشر (نقض مدنى فى ٢٨ مايو سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض الســـنة ٣١ رقم ٢٨٨ صفحة ١٥٣١) •

كما قضت محكمة النقض بأن مفاد المادتين ٩٨٥ و ٩٩٣ من القـــانون المدنى أن حق الانتفاع لا يكتسب عن طريق الميراث وانه حق موقوت ينقضى بانقضاء اقرب الأجلين : المدة المقررة له أو وفاة المنتفع . (نقض مدنى فى ٢

وحقوق الرهن والاختصاص والامتياز ، كلها حقوق موقتة على الوجه الذي بسطناه • وكذلك حقوق الارتفاق يمكن أن تكون موقتة ، وحتى لولم يحدد لها أجل هناك أسباب ذكرها القانون تنقضي بها • وقد سبق بيان كل ذلك (١) • فهذه الحقوق جميعا تزول قبل أن يزول الشيء الذى ترتبت عليه ، وليس من الضرورى أن تبقى ببقاء هذا الشيء •

أما حق الملكية فيختلف عن كل هذه الحقوق فى أنه يبقى مادام الشيء المملوك باقيا ، وفى أن القانون لم يحدد له وقتا معينا لانقضائه، فهو حق دائم ، واذا انتقل الى شخص آخر فانه يتأبد بهذا الانتقال كما سبق القول (٢) •

وفى حين أن أسباب كسب الملكية ، كمصادر الالتزام ، أسباب متعددة يعنى القانون بتنظيمها عناية تامة ، اذا بأسباب زوال حق الملكية،

= ١٦ فبراير سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ١٠٠ صفحة ٥٢٣) •

(١) أنظر آنفا فقرة ٣٢٥ •

(٢) أنظر آنفا فقرة ٣٢٨ ـ وقد أخذ على هذا المعنى انه بقية من بقايا الخلط ما بين حق الملكية والشيء المملوك ، فحق الملكية يستغرق كل سلطة على الشيء حتى أنه ليمتزج به ويتجسد فيه ، ويصبح حق الملكية هو الشيء نفسه ، ومن ثم يدوم دوام الشيء (اسماعيل غانم فقرة ٢٦ ـ منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٧) • وفى رأينا أن هذا المعنى فى دوام الملكية لا يأتى من اختلاط الملكية بالشيء على النحو الذى كان الرومان يذهبون اليه ، وانما يأتى من ان الملكية كحق متميز عن الشيء المملوك هو الأصل الذى تتفرع عنه سائر الحقوق العينية • واذا كان الشيء له وجود قانونى فعنوان وجوده هو أن يقوم عليه حق الملكية ، ويبقى هذا الحق قائما على سبيل الدوام ، واذا تفرعت عنه حقوق أخرى فمصير هذه الحقوق الى الزوال ، فاذا ما زالت عاد حق الملكية كاملا كما كان ، وبقى دائما دون أن ينتقص من دوامه تفرع بعض الحقوق عنه • فاذا ما زال الوجود القانونى للشيء ، بهلاكه فى العقار والمنقول ، او بالتخلى عنه فى المنقول حيث ينقلب الوجود القانونى الى وجود فعلى ، زال حق الملكية • فحق الملكية اذن مرتبط ، لا بالوجود الفعلى للشيء ، بل بوجوده القانونى • قرب من المعنى الذى نقول به حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٠ ـ ص ١٦٢ ، وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٧ ـ ص ١٩ •

سى خلاف أسباب انقضاء الالتزام ، تنحصر فى رأينا فى هلاك الشىء المملوك . فالملكية اذن حق دائم ، مادام الشىء المملوك قائما .

٢٣٠ — المعنى الثانى لدوام حق الملكية — الملكية لا تزول بعدم الاستعمال :

والمعنى الثانى ندوام حق الملكية هو أن هذا الحق لا يزول بعدم الاستعمال (non-usage) . وحق الملكيـة ، دون الحقـوق الأخرى ، هو الذى يتميز بهذه الخاصية ؛ فالحقوق الشخصية تنقضى بالتقادم المسقط، وتنقضى بانقضائها الحقوق العينية التبعية (التأمينات العينية) التى تضمنها . وكذلك تزول الحقوق العينية الأصلية — فيما عدا حق الملكية — بعدم الاستعمال . فحق الانتفاع (وكذلك حق الاستعمال وحق السكنى)، تزول جميعا بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنه ، كما هو صريح النص (م ٩٩٥ مدنى وم ٩٩٨ مدنى) . وحق الحكر ينتهى بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة الا اذا كان موقوفا فينتهى بعدم استعماله مـدة ثلاث وثلاثين سنة (م ١٠١١ مدنى) . وتنتهى حقوق الارتفاق بعـدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة ، فان كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنه (م ١٠٢٧/١ مدنى) ، أما حق الملكية ، فهو وحده الذى لم يرد فى شأنه نص يقضى بزواله بعـدم الاستعمال ذلك أمر طبيعى . اذ حق الملكية حق دائم يبقى ما بقى الشى المملوك . والمالك حر فى أن يستعمل ملكه أو ألا يستعمله ومهما طـالت مدة عدم الاستعمال فان حق الملكية باق لا يزول (١) .

---

(١) ويذهب بعض الفقهاء الى ان بقاء الملكية مهمـا طالب مدة عدم الاستعمال ، وان كان هذا هو القانون الوضعى ، لا يقوم على اسـاس من جوهر الملكية ، وانه من المرغوب فيه أن يتقرر تشريعيا اسقاط حق المالك ، على الأقل فيما يتعلق بملكية وسـائل الانتاج ، اذا لم يستعمل ملكـه مـدة معينة ، وايلولة حق الملكية للدولة تمشيا مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية (اسماعيل غانم فقرة ٢٧ ص ٥٥ — ص ٥٦ — عبد المنعم فرج الصـدة فقرة ١٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ — ص ٢٢) .

ونحن نرى ، على العكس من ذلك ، أن عدم سـقوط الملكية بعـدم الاستعمال يقوم على اساس من جوهر الملكية . فما دامت الملكيـة تقوم

وما دام حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال ، فان الدعوى التى تحميه ، وهى دعوى الاستحقاق ، لا تسقط هى ايضا بالتقادم (١) .

= مادام الوجود القانونى للشىء المملوك ، وما دام المالك له ان يستعمل الشىء او الا يستعمله ، وان يستغله والا يستغله ، فان طبيعة الملكية تقتضى اذن ان هذا الحق لا يزول بعدم الاستعمال . واذا كانت الحقوق الشخصية تزول بالتقادم المسقط ، فذلك لأن هناك مدينا من حقه ان يطمئن الى ما استقر عليه وضعه بعد تمام مدة التقادم ، ولأن الدائن تلحق به مظنة الاهمال اذا هو لم يطالب بحقه بعد حلوله الى ان تنقضى مدة التقادم . واذا كانت الحقوق العينية الأخرى غير حق الملكية تسقط بعدم الاستعمال ، فذلك لأنها حقوق مقتطعة من حق الملكية مقيدة لهذا الحق ، وهناك مالك من حقه أن يطمئن الى ما استقر عليه وضعه من تحرير ملكيته وزوال ما اقتطع منها بعد تمام مدة عدم الاستعمال . اما حق الملكية ذاته ، فان عدم استعماله موكول الى ارادة المالك ، ولا يوجد احد من الأفراد يتأذى من عدم استعمال المالك لملكه ، اذ لا يوجد احد يكون قد اطمأن الى ما استقر عليه من وضع بسبب عدم استعمال المالك لملكه ، الا اذا كان شخصا قد حاز الشىء المملوك ، فانه عندئذ يكسبه بالتقادم المكسب . واذا قيل ان المجتمع يتأذى من عدم استعمال المالك لملكه ، فهذه حجة لا يجوز تعميمها ، والأولى ترك امرها الى المشرع الذى ينوب عن المجتمع ، فهو الذى يقدر فى حالات خاصة متى يتأذى المجتمع فيقضى بتشريع استثنائى ان الملكية تسقط من المالك بعدم الاستعمال وتؤول الى الدولة ، ولا يكون ذلك كما قدمنا الا على سبيل الاستثناء وفى حالات خاصة ، منها ما كانت المادة ٨٧٤ / ٢ مدنى تقضى به من رجوع الملكية الى الدولة اذا كف المالك عن استعمال الأرض غير المزروعة مدة خمس سنوات متتابعة خلال السنوات الخمس العشرة التالية للتملك (وقد الغى هذا النص بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) ، ومنها ما تقضى به المادة ١٤ / ٣ من قانون الاصلاح الزراعى من اسقاط الملكية عمن وزعت عليه الأرض اذا لم يعن بزراعتها فى خلال خمس سنوات من تاريخ ابرام عقد التوزيع النهائى (قارن منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ هامش ٢) . ويقرب من هاتين الحالتين ما تقضى به المادة ١١ من قانون ايجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ من انه لا يجوز ابقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد على ثلاثة اشهر اذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالأجرة القانونية . فهنا لا يؤول الملك الى الدولة ، ولكن المالك يجبر على ايجار ملكه (الوسيط الجزء السادس فقرة ٦٨٧) . انظر فى هذا المعنى حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٧٠ — ص ١٧٢ — محمد على عرفة فقرة ١٦٠ ص ٢٠٠ — ص ٢٠١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣ ص ٢٣ — ٢٤ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٠٣ ص ٢٧٢ .

(١) نقض فرنسى ١٢ يوليه سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٧ — ١ — ١٤١ — ١٠ مايو سنة ١٩٣٧ داللوز الاسبوعى ١٩٣٧ — ٣٤٦ — السين اول يونيو سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ . J. ٣٣٥٠ — مازو فقرة ١٣٤٩ ص ١١٠١ .

ولايتصور أن يكون الحق نفسه غير قابل للسقوط بالتقادم ، وتسقط مع ذلك بالتقادم الدعوى التي يطلب بها هذا الحق (١) •

واذا كان حق الملكية لا يسقط بالتقادم المسقط ، فان هذا لايمنع من كسبه بالتقادم المكسب (٢) : فاذا وضع شخص يده على مال مملوك لغيره ، وانقضت مدة التقادم الطويلة أو القصيرة بحسب الأحوال ، فان ملكية المال تزول عن المالك وتنتقل الى واضع اليد • ولكن ذلك لا يعنى ، كما هو ظاهر ، أن الملكية زالت بالتقادم ، ذلك أن زوال الملكية عن المالك الأصلى لم يأت عن طريق فقده للملكية بالتقادم المسقط ، بل أتى عن طريق التقادم المكسب ففقد المالك الأصلى حق ملكيته لأن غيره قد كسب هذا الحق •

وقد قضت محكمة النقض بان حق الملكية — وعلى جرى به قضاء هذه المحكمة — حق دائم لا يسقط لمجرد عدم الاستعمال مهما طال الزمن ، وبالنسبة الخصم اذا توافرت له شروط وضع اليد على العقار المدة الطويلة المكسبة للملكية (٣) •

كما قضت محكمة النقض بأن حق الملكية حق دائم لا يسقط بمجرد عدم الاستعمال مهما طال الزمن : ومن ثم فان الحكم المقرر لهذا الحق لايسقط بالتقادم وينتج اثره ولولم ينفذ ، ولايجوز اطراحه الا اذا توافرت لدى المحكوم ضده بعد تاريخ الحكم شروط وضع اليد على

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ — مارتى ورينو فقرة ٤٩ — فقرة ٥٠ •

(٢) أستئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢٨ — ١٢ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٦٥ — ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٢ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٩١ — ٢٥ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٧ — ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠ •

(٣) نقض مدنى فى ٢ مايو سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢٢٤ صفحة ١١٧١ — نقض مدنى فى ١٢ مايو سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٣٠ صفحة ٨٠٣ •

العقار المدة الطويلة المكسبة للملكية (١) .

ولايختلف المنقول عن العقار فى شىء مما تقدم ، فكلاهما لا يزول بالتقادم المسقط ، وكلاهما يكسب بالتقادم المكسب (٢) ، غير أن المنقول يختص بحكم فى هذا الصدد ينفرد به عن العقار ، فقد نصت المادة ١/٨٧١ مدنى على أن « يصبح المنقول لا مالك له ، اذا تخلى عنه مالكه بقصـد النزول عن ملكيته » ، فالتخلى عن المنقول (abandon) يزيل ملكيته . ويصبح المنقول لا مالك له الى أن يتملكه شخص آخر بطريق الاستيلاء. ولم يرد مثل هذا النص فى العقار ، فالتخلى اذن عن العقار (délaissement) كما اذا تخلى الحائز للعقار المرهون عن العقار أو تخلى من يثقل عقاره حق عينى أو تكليف عينى للتخلص من هذا الحق أو التكليف ، لا يفقد المالك ملكيته ، بل يبقى العقار على ملكه الى أن يكسب الملكية أحد غيره بطريق من طرق كسب الملكية (٣) ، ومهما يكن من أمر ، فان تخلى مالك المنقول عنه وفقده بذلك ملكيته لا يفيد أن حق الملكية فى المنقول حـــق

---

(١) نقض مدنى فى ٢٩ يناير سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ رقم ٧٢ صفحة ٣٦٠ .

(٢) ويكسب المنقول بالحيازة بموجب القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، اذا كان الحائز حسن النية ومعه سبب صـحيح . فان لم تتوافر هذه الشروط ، ملك الحائز المنقول بالتقـادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سـنة . أما اذا توافرت الشروط ، ولكن المنقول كان مسروقا أو ضائعا ، فان المالك يستطيع أن يسترده من الحائز حسن النية فى خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ، بشرط أن يعجل للحائز الثمن الذى دفعه اذا كان قد اشترى المنقول بحسن نية فى سـوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله (م ٩٧٧ مدنى) . ومدة ثلاث السـنوات التى يجب أن يسترد المالك فى خلالها المنقول من الحائز ليست مدة تقادم ، بل هى ميعاد اسقاط (délai de déchéance) .

(٣) انظر فى هذا المعنى حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٨ — ص ١٧٠ — وانظر عكس ذلك وانه اذا تخلى المالك عن العقار بقصد النزول عن ملكيته انتقلت الملكية الى الدولة ، استنادا الى المادة ١/٨٧٤ مدنى التى تقضى بأن الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة : اسـماعيل غانم فقرة ٢٦ ص ٥٣ هامش ٤ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣ — وانظر فى نقد هذا الرأى الأخير ، وفى أن المادة ١/٨٧٤ مدنى تتكلم عن طائفة معينة من العقارات هى الأراضى غير المزروعة ، أى الأراضى الصحراوية الخارجة

غير دائم فهو حق دائم الى ان ينزل عنه صاحبه ، والنزول عن الحق لا يصح إن يعتبر توقيتا له (١) •

أما فى فرنسا ، فيقوم خلاف فيما اذا كانت دعوى الاستحقاق فى المنقول تسقط بالتقادم (٢) ، ولا شأن لنا بهذا الخلاف فى مصر •

٣٣١ – المعنى الثالث لدوام حق الملكية – الملكية لايجوز أن تقترن بأجل :

واذا كانت الملكية حقا دائما يبقى ما بقى الشيء المملوك على ما قدمنا ، فالنتيجة المنطقية لذلك هى أنه لايجوز أن تقترن الملكية بأجل، فاسخ أو واقف ، والا كانت الملكية موقتة (٣) • فاذا اشترى شخص مالا، حدد فى عقد الشراء أجلا فاسخا تنتهى ملكيته للشيء المبيع بأنقضائه وتعود هذه الملكية للبائع بمجرد انقضاء الأجل ، فان ذلك لايجوز ، لأن ملكية المشترى تكون فى هذه الحالة ملكية موقتة بالأجل الفاسخ • والذى يجوز هو ان يرتب المالك الأصلى على الشيء حق انتفاع لغيره مقترنا بأجل فاسخ ، فيبقى حق الانتفاع الى أن ينقضى الأجل ، فاذا ما انقضى زال حق الانتفاع وعادت الملكية كاملة للمالك الأصلى • ولا شيء يمنع من ذلك ، فان حق الانتفاع حق مؤقت بطبيعته ، ويجوز أن يحدد له أجل

= عن الزمام وهى اراضى لم تكن فى وقت ما مملوكة لاى فرد : منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٨ هامش ٢ .

(١) وقد قدمنا (انظر آنفا فقرة ٣٢٩ فى الهامش) ان ترك المنقول ، اذا ابقى وجوده الفعلى ، فانه يزيل وجوده القانونى . فالملكية تزول بزوال الوجود القانونى للشيء المملوك ، وتبقى ببقاء وجوده القانونى ، وعلى هذا المعنى ينبغى فهم دوام حق الملكية ، ويستوى فى ذلك العقار والمنقول . انظر عكس ذلك ، وان ملكية المنقول تكون ملكية موقتة بسبب جواز ترك المنقول : اسماعيل غانم فقرة ٢٦ ص ٥٣ – ص ٥٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣ ص ٣٠ – حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٩ – ص ١٧٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٨ – ص ١٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٥١ – مارتى ورينو فقرة ٤٩ ص ٦٠ .

(٣) الوسيط الجزء الثالث ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٦١

فاسخ ، وهو على كل حال لابد منقض بموت صاحب حق الانتفاع .
كذلك لايجوز أن تقترن الملكية بأجل واقف ، فلا يجوز أن يشترى شخص من آخر شيئا على ألا تنتقل ملكية الشىء الى المشترى الا بعد انقضاء أجل معين ، لأنه اذا اقترنت ملكية المشترى بأجل واقف كانت ملكية البائع فى هذه الحالة ملكية مؤقتة تنتهى بانقضاء الأجل الواقف . والذى يجوز هو أن يلتزم البائع بنقل الملكية الى المشترى عند حلول أجل معين، فيكون الالتزام بنقل الملكية ، لا حق الملكية ذاته ، هو المؤجل . ولاتكون ملكية البائع فى هذه الحالة ملكية مؤقتة ، وانما هى ملكية دائمة يستطيع أن يتصرف فيها الى مشتر آخر لتنتقل اليه ، ويكون البائع عند ذلك قد أخل بالتزامه نحو المشترى الأول . ويلتزم بالتعويض لا بنقل الملكية الا اذا أمكن الطعن فى التصرف الثانى بالدعوى البوليصية .

وهذا المعنى الثالث لدوام حق الملكية ، بخلاف المعنيين السابقين ، ليس محل اتفاق لا فى مصر (١) ولا فى فرنسا (٢) ، بل هناك من يقول بجواز أن تقترن الملكية بأجل فتكون ملكية مؤقتة (temporaire).

ولكن الذى يدعونا الى تأكيد هذا المعنى الثالث — عدم جواز اقتران الملكية بأجل — هو أن هذا المعنى ليس الا نتيجة حتمية للقول بأن الملكية حق دائم ، ويتنافى مع دوام حق الملكية أن تكون مقترنة بأجل (٣) . ثم ان اقتران الملكية بأجل يتنافر تنافرا تاما مع طبيعة

---

(١) انظر فيمن يقول بأن الملكية لا يجوز ان تقترن بأجل : شفيق شحاتة فقرة ١٣٢ ص ١٥١ هامش ١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣ ص ٢٥ — المؤلف فى الوسيط الجزء الثالث ، المجلد الأول الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٦١ ص ١١٢ — وانظر فيمن يقول بأن الملكية يجوز ان تقترن بأجل : اسماعيل غانم فقرة ٢٨ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥ — حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٤ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٦ ص ٧٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٢ — ص ٢٥ .

(٢) انظر فيمن يقول بأن الملكية لايجوز ان تقترن بأجل : بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٢٦ — فقرة ٢٧٢٧ — مازو فقرة ١٣٤٨ — وانظر فيمن يقول بأن الملكية يجوز أن تقترن بأجل : بيدان وفواران ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٣٠٤ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ .

(٣) والمقصود بالملكية المقترنة بأجل — وهى غير جائزة — أن تكون =

الملكية ومع العناصر التى تشتمل عليها ، ويكفى أن نفترض ملكية مقترنة بأجل لمدة سنة مثلا ، فهذه الملكية المؤقتة لمدة سنة تتنافر مع ما يشتمل عليه حق الملكية من عناصر ، فمن أخص عناصر الملكية أنه يجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه ، بل وله أن يستهلكه وأن يتلفه ، ويتعين اذن أن نعطى هذه السلطات لمالك الشىء مدة سنة . فاذا تصرف هذا المالك فى الشىء أو استهلكه أو أتلفه فى خلال السنة التى يكون فيها مالكا ، فكيف يمكن اذن تصور رجوع الملكية الى صاحبها الأصلى بعد انقضاء السنة! ليس أمامنا هنا الا أحد طريقين : فاما أن نقول بعدم جواز التصرف أو الاستهلاك أو الاتلاف حتى يعود الشىء سليما الى مالكه الأصلى بعد انقضاء السنة ، وفى هذه الحالة لاتكون الملكية الموقتة فى حقيقتها الا حق انتفاع لايجوز لصاحبه أن يتصرف فى الرقبة أو أن يستهلك الشىء أو يتلفه . ويعود الشىء الى صاحبه الاصلى بعد زوال حق الانتفاع أى بعد انقضاء السنة ، واما أن نقول بجواز التصرف والاستهلاك والاتلاف ، وفى هذه الحالة لاتكون الملكية موقتة ، بل هى ملكية دائمة تصرف فيها صاحبها أو استهلك الشىء المملوك أو أتلفه ، ومن ثم لايعود الشىء الى صاحبه الأصلى بعد انقضاء السنة . ولو أننا حللنا هذه الحالة الاخيرة تحليلا دقيقا ، لتبين أن المالك لمدة سنة هو فى الواقع من الأمر مالك ملكية دائمة، وقد وعد باعادة الملكية الى صاحبها الأصلى بعد انقضاء سنة ، فان قام بالوعد انتقلت الملكية الى صاحبها الاصلى بعقد جديد ، وان أخل بالوعد لم يكن مسئولا الا عن التعويض .

يتبين مما تقدم أن الملكية لا يجوز أن تقترن بأجل . والقائلون

= الملكية مؤقتة بمدة معينة اذا انقضت عادت الملكية من تلقاء نفسها — لا بسبب جديد — الى المالك الأصلى . ولا يقال هنا ان الملكية قد انتقلت بعودتها الى المالك الأصلى فتأبدت بانتقالها ، لأن المراد من تأبيد الملكية بانتقالها ان تكون الملكية قد انتقلت الى الغير بسبب من الأسباب المعروفة لكسب الملكية ، وليس انقضاء الأجل من بينها (قارن حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٤ — ص ١٦٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٣) .

بجواز اقتران الملكية بأجل يقدمون سندا لقولهم الحجج الاتية (١) :

١ — لا خلاف فى أن الملكية قد تقترن بشرط فاسخ ، فاذا تحقق الشرط بعد مدة معينة انفسخت الملكية وزالت بعد هذه المدة ، فتكون قبل ذلك ملكية موقتة • ويظهر فى وضوح ضعف هذه الحجة ، فالملكيــة المعلقة على شرط فاســـخ ليست ملكية موقتة • ذلك أنه من الجــائز ألا يتحقق الشرط الفاسخ — بخلاف الأجل الفاسخ فلابد من حلوله — فتكون الملكية فى هذه الحالة دائمة • أما اذا تحقق الشرط الفاسخ ، فان الملكية تنفسخ بأثر رجعى ، وتعتبر كأنها لم تقم أصلا ، فلا تكون ملكية موقتة ، والفرق واضح بين ملكية موقتة وملكية غير موجودة (٢) •

٢ — ويقال أيضــا ان هناك نوعا من الملكية الموقتة ، هى الملكيــة الأدبية الفنية والصناعية ، فقد حدد لها القانون آجالا معينة ، لا تجاوز خمسين سنة بعد موت المالك • وظاهر أن الحجة هى أيضا لا تستقيم ، فقد قدمنا أن الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية ليست بحقوق ملكية ، وقلنا فى هذا الصدد « من أجل ذلك يجب أن ننفى عن حق المؤلف أو المخترع صفة الملكية ، فالملكية حق اســتئثار مؤبد ، فى حين أن حق المؤلف أو المخترع حق اســـتغلال موقت » (٣) • وانتهيا

---

(١) انظر فى بعض هــذه الحجج بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ — وفى تفنيد بعضها : بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٢٦ — فقرة ٢٧٢٧ — مازو فقرة ١٣٤٨ .

(٢) ويلاحظ ان الملكية المعلقة على شرط فاســخ لا تعتبر ملكية موقتة ، لا لأن لتحقق الشرط أو لتخلفه اثرا رجعيا ، بل لأن الشرط أمر غير محقق الوقوع . فحتى لو لم يكن للشرط اثر رجعى ، فان المالك تحت شرط فاسخ لا يمكن اعتباره مالكا ملكية موقتة ، اذ يحتمل الا يتحقق الشرط فتبقى ملكيته دائمة . والممنوع فى نظرنا هو ان تكون الملكية موقتة على وجه التحقيق ، اما اذا كانت موقتة على وجه الاحتمال فالمحظور فى توقيت الملكية لا يقوم ، اذ يجب على المالك فى هذه الحالة الأخيرة ان يحافظ على العين حتى يستطيع ردها الى من يملكها فيما اذا انتهت ملكيته هو (قارن شفيق شحاتة ص ١٥٢ — ص ١٥٣ فى الهامش) .

(٣) انظر آنفا فقرة ١٦٦ .

الى « أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكية ، بل هو حق عينى أصلى يستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة ، وترجع هذه المقومات الى أنه يقع على شيء غير مادي » (١) .

٣ — ويقال كذلك ان هناك ملكية موقتة اذا حرر عقد بيع ابتدائى وحدد أجل معين لامضاء عقد البيع النهائى وتسجيله ، فملكية البائع تدوم الى انقضاء الأجل المعين وامضاء العقد النهائى وتسجيله ، ومن ثم تكون ملكية موقتة . ويسهل الرد على هذه الحجة بأن عقد البيع الابتدائى غير المسجل لم يجرد البائع من ملكيته ، بل أبقاها ملكية دائمة مقترنة بالتزام بنقلها الى المشترى عند حلول الأجل المعين ، فالمؤجل ليس هو الملكية ذاتها بل هو الالتزام بنقلها . ويقطع فى صحة ذلك ، وفى أن البائع ملكيته دائمة لا موقتة فى خلال الأجل المعين ، أنه يستطيع أن يتصرف فى الشيء المبيع فى خلال الأجل ببيعه مرة أخرى الى مشتر ثان ، واذا سجل هذا المشترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول انتقلت الملكية الى المشترى الثانى دون المشترى الأول » . أما اذا لم يتصرف البائع مرة أخرى وأمضى عقد البيع النهائى وسجل هذا العقد ، سواء كان ذلك عند حلول الأجل المعين أو قبله أو بعده ، فان الملكية تنتقل الى المشترى . فليست العبرة اذن بحلول الأجل ، بل بامضاء العقد النهائى وتسجيل هذا العقد . ولو كانت ملكية البائع موقتة بالأجل تبقى ببقائه وتزول بزواله ، لكان مجرد حلول الأجل سببا فى نقل الملكية الى المشترى ، دون حاجة الى امضاء العقد النهائى وتسجيله (٢) .

٤ — ويقال أخيرا ان هناك ملكية موقتة فى الصورة الآتية : يأذن المؤجر للمستأجر فى اقامة مبان فى العين المؤجرة ، على أن تكون هذه المبانى عند نهاية الايجار ملكا للمؤجر ، فى مقابل تعويض أو بلا تعويض ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٦ فى آخرها .

(٢) انظر فى هذا المعنى مازو فقرة ١٣٩٤ — وانظر بودرى وشوفو فقرة ٢٢٩ ص ١٧٥ .

فتكون ملكية المستأجر للمباني ملكية موقتة تبقى مدة الايجـار ، فاذا انقضت هذه المدة آلت ملكية المباني الى المؤجر • وهذا تحليل غير سليم للوضع المفترض • والصحيح انه ما دام من المؤكد أن ملكية المبـاني تكون للمؤجر ، سواء كان ذلك فى مقابل تعويض أو بلا تعويض ، فان المؤجر يعتبر منذ اقامة المبانى مالكا لها فى الحال ، وتبقى ملكيته دائمة فى خلال مدة الايجار وبعد انقضاء هذه المدة • أما المستأجر فليست له على المبانى لا ملكية دائمة ولا ملكية موقتة ، بل هو غير مالك أصـلا • وانما يكون له حق الانتفاع بالمبانى كما ينتفع بالعين المؤجرة ، وذلك بموجب عقد الايجار ، وما ورد فيه من الشروط فى خصوص المبانى • وعلى المؤجر ، وقد ملك المبانى فور اقامتها ، أن يدفع تعويضا للمستأجر عند نهاية الايجار اذا اشترط المستأجر عليه ذلك ، والا فلا تعويض • وقد سبق أن قررنا ذلك فى الجزء السادس من الوسيط فى خصوص عقد الايجار ، فقلنا فى هذا المعنى ما يأتى : « ففى الحالة الأولى — البناء أو الغراس يبقى حتما فى الأرض ملكا للمؤجر — يكون هذا البنـاء أو الغراس ملكا للمؤجر من وقت انشائه ، ولا يكون للمستأجر بالنسـبة اليه الا حق شخصى يخوله الانتفاع به انتفاعه بالعين المؤجرة نفسها • ويكون البناء أو الغراس عقارا واحدا مملوكا لشخص واحد هو المؤجر ، فله أن يرهنه رهنا رسميا ، واذا باعه وجب التسجيل ، واذا توقع عليه حجز كان حجزا عقاريا لا حجز منقول ، والمؤجر هو الذى يدفع الضريبة المفروضة عليه » (١) • ويترتب على ما قدمناه أن المستأجر لا ينتفع بالمبانى التى أقامها فى العين المؤجرة الا انتفاعه بالعين المؤجرة ذاتها ، ولا يكون له عليها حق ملكية كما قدمنا • فاذا لم يحافظ المستأجر على المبانى ويبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد ، كان مسئولا عن تقصيره أو عمله غير المشروع تجاه المؤجر ومن عسى أن تنتقل اليه الملكية من المؤجر من خلف خاص كمشتر أو خلف عام كوارث • وتأييدا لذلك قضت محكمة

---

(١) الوسيط الجزء السادس ، المجـلد الاول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ص ٨٣٧ — وانظر استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥١٢ •

انقض بانه متى كان عقد الايجار منصوصا فيه على أن كل ما يحدثه المستاجر فى الأعيان المؤجرة من اصلاحات أو انشاءات يكون ملكـــا للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فكل الحقوق التى كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقـات المبيع ، فتنتقل بحكم القانون الى المشترى . وتبعا لذلك يكون للمشترى حق مطالبه المستاجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان (١) .

---

(١) نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٣ رقم ١٦ ص ٨٣ .

وقد فرضنا فى الحالة التى نحن بصددها ان البناء يكون مصيره حتما البقاء فى الأرض ملكا للمؤجر . اما ما يفرضه أنصار جواز اقتران الملكيـة بالأجل (انظر اسماعيل غانم فقرة ٢٨ ص ٥٨ — عبد المنعم فرج الصـدة فقرة ١٥ ص ٢٢ — حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٦ — ص ١٦٨ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٦ ص ٧٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٥) فحالة أخرى ، ليست الملكيه فيها مقترنة بأجل ، بل هى معلقة على شرط . فهم يفرضون أن المؤجر اتفق مع المســتأجر على انه اذا ظل البناء قائما عند انتهاء الايجار لم يهدمه المستأجر ، فان ملكيته تؤول للمـؤجر فى مقـــابل تعويض . ومعنى ذلك ان الخيار يكون للمستأجر ، ان شاء هدم البناء قبل انتهاء الايجار ، وان شاء ابقاه الى نهاية الايجار فتؤول ملكيته عندئذ للمؤجر فى مقابل تعويض . فيكون المؤجر فى هذه الحالة ، طول مدة الايجار ، مالكا تحت شرط واقف ، هو الا يهدم المستأجر البناء قبل نهاية الايجار . فاذا تحقق الشرط ولم يهدم المستأجر البناء ، اعتبر المؤجر مالكا له باثر رجعى من وقت اقامته فى العين المؤجرة ويدفع التعويض المتفق عليه . فلا توجد اذن ملكية موقتة فى هذه الحالة ، بل هى ملكية معلقة على شرط واقف بالنســبة الى المؤجر ، ومعلقة على شرط فاسخ بالنسبة الى المستاجر . والملكية المعلقة على شرط تجوز كما تدمنا ، وذلك بخلاف الملكية المقترنة باجل فهى لا تجوز . انظر الوسيط الجزء السادس ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية المنقحة فقـــرة ٤٢٣ ص ٨٣٨ — ص ٨٣٩ .

ولما كان البناء يعد عقارا مدة استقراره فى الأرض يملكه المستأجر ملكية معلقة على شرط فاسخ ، فقد قضت المادة ١٠٣٨ مدنى بانه يجـوز لمالك المبانى القائمة على ارض الغير — وهو المستاجر فى حالتنا — ان يرهنها ، وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى اســتيفاء الدين من ثمن الأنقاض اذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مالك الأرض اذا استبقى المبانى . فالمستاجر هدم البناء انما يرهن ملكية معلقة على شرط فاسخ ، لا ملكية مقترنة باجل . واذا اختار المستاجر هدم البناء صار للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض ، اما اذا اختار بقـــاء البناء فان ملكيته تؤول الى المؤجر فى مقابل تعويض ، ويحل هذا التعويض =

الفرع الثـانى

الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية (*)

٢٢٢ — ما ورد فى الأعمال التحضيرية فى شأن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية :

نذكر هنا أهم ما ورد فى الأعمال التحضيرية دالا على أن التقنين

= محل البناء حلولا عينيا ومن ثم يستوفى الدائن المرتهن حقه منه متقدما على غيره من الدائنين . قارن فى الرأى المخالف : عبد المنعم فرج الصـدة ١٥ ص ٢٣ — ص ٢٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٣٥ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٦ ص ٧٦ هامش ١ و ٢ . وانظر ايضا حسن كيرة فقره ٥٢ ص ١٦٦ — ص ١٦٨ (وهو يسلم بان ملكية المستاجر فى الحالة التى نحن بصددها ملكية مقترنة بأجل ، ولكنــه يذهب الى ان هذا التـوقيت « لا ينتقص فى قليل أو كثير من صفة الدوام الملازمة لحق الملكية » ، ويجرى على القاعدة التى يقول بها من أن الملكية المقترنة بأجل هى ملكية دائمة) . وقارن شمس الدين الوكيــل فى نظرية التامينات الطبعة الثـانية فقرة ٤٨ (وهو ، فى صدد الكلام فى رهن المبانى المقامة على أرض الغير وحكم المادة ١٠٣٨ مدنى ، يبدو أنه يعتبر أن ملكية المستأجر للمبانى هى ملكية موقتة ، ولكنه لا يبين ما اذا كانت هذه الملكية مقترنة بأجل أو معلقة على شرط) .

(*) مراجع :

Landry فى الفائدة الاجتماعية للملكية الفردية سـنة ١٩٠١ — Duguit فى الحق الاجتماعى والحق الفردى طبعة ثانية سنة ١٩١١ ص ١٧ وما بعدها — فى التغيرات العامة للقانون الخاص منذ تقنين نابليون سنة ١٩١٢ — Trancred Rothe فى وجود الملكية سنة ١٩٣٠ — Renard et Trotabas فى الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة سنة ١٩٣٠ — Cornil فى المسألة القانونية للملكية الخاصة سنة ١٩٣١ — Coste-Floret فى الطبيعة القانونية لحق الملكية وفقا للتقنين المدنى ومنذ التقنين المدنى رسالة من مونبليه سنة ١٩٣٥ — Mounier من الملكية الرأسمالية الى الملكية الانسانية سنة ١٩٣٦ — Vizioz فى الأشخاص والملكية سنة ١٩٣٩ — Josserand فى تشكل (configuration) حق الملكية فى النظام القانونى الجديد (ضمن دراسات Sugyama سنة ١٩٤٠ ص ٩٥ وما بعدها) — Gonnard فى الملكية فى الفقه وفى التاريخ سنة ١٩٤٣ — Rouast فى تطور حق الملكية (ضمن دراسات هنرى كابيتان سنة ١٩٤٥ ص ٤٥ وما بعدها) — Salleron ست دراسات فى الملكية الجمـاعية سنة ١٩٤٧ — Savatier من القانـون المدنى الى القانون العام سنة ١٩٥٠ ص ٤٠ وما بعدها — Jansse فى الملكية ونظام الأموال فى الحضارات الغربية سنة ١٩٥٣ — Challeye فى تاريخ الملكية سنة ١٩٥٨ — Ferretjans فى فكـرة الملكية الاجتماعية سنة ١٩٦٣ .

المدنى الحالى ، فى ايراده الأحكام الخاصة بحق الملكية ، أقام هذا الحق على أساس أن له وظيفة اجتماعية يجب على المالك أن يؤديها .

ففى المادة ٨٠٢ مدنى التى سبق ايرادها (١) ، كان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « لمالك الشىء ، ما دام ملتزما حدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به ، وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه المادة ما يأتى : « جمع هذا التعريف عناصر الملكية الثلاثة ، وهى حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف ، وتوقى أن يصف الملكية بأنها حق مطلق كما فعل التقنين الحالى (السابق) م ١١ فقرة ١/٢٧ . بل صرح بأن للملكية وظيفة اجتماعية ، كما فعل المشروع الايطالى (وقد أصبح منذ عهد قريب التقنين الايطالى الجديد ...) » (٢) .

وجاء أيضا فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فى النظرة العامة لحق الملكية ، ما يأتى :

« لم يخلع المشروع على حق الملكية هذه الصفة المطلقة التى نص عليها التقنين الحالى (السابق) ، بل نبذها الى فكرة أخرى هى الآن الفكرة المتغلبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تطور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقا لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب الى المالك أن يقوم بها ، ويحميه القانون ما دام يفعل ، أما اذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان :

« أ — حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة

---

(١) انظر آنفا فقرة ٢٩٧ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤ .

العامة هي التي تتقدم ، فما ينبغي أن تقف الملكية حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة ، ولا يدخل هذا في وظيفتها الاجتماعية . مثل ذلك ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد الذي يصلح للاستعمال علوا أو عمقا ، غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو والعمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه . فلو اقتضت المصلحة العامة أن تقوم الدولة بأعمال فوق سطح الأرض أو تحتها لا تسبب للمالك ضررا ، فليس له أن يحول دون هذه الأعمال بدعوى أن حرمة ملكيته قد خرقت . مثل ذلك أيضا أنه يجوز أن يحرم المالك من ملكه للمصلحة العامة في مقابل تعويض يدفع اليه مقدما . ومثل ذلك أخيرا أنه يجب على المالك أن يراعي ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة » .

« ب — حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك ، فان هذه المصلحة الخاصة هي التي تتقدم ، بعد أن يعوض المالك تعويضا عادلا . وهنا نجد القيد الذي يرد على حق الملكية قد تقرر ، لا للمصلحة العامة ، بل للمصلحة الخاصة . وهذه هي النزعة الحديثة التي جاراها المشروع ، ويظهر أثرها في أمرين :

« ١ — يطلب من المالك أن يمتنع عن استعمال حقه فيما يضر الغير ضررا غير مشروع ، والذي يطلب هنا هو عمل سلبي . وتطبيقا لذلك يجب على المالك ألا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ، والحد المقصود هنا هو مضار الجوار غير المألوفة . وتطبيق ذلك أيضا ما أوجبه القانون على صاحب الحائط وصاحب العلو من الالتزامات السلبية لمصلحة جاره » .

« ٢ — يجوز للغير أن يتدخل في انتفاع المالك بملكه لمصلحة خاصة ، هي أولى بالرعاية من مصلحة المالك . وهنا ننتقل من الدائرة السلبية ، وهي مجرد امتناع المالك عن القيام بعمل معين ، الى الدائرة الايجابية ، وهي قيام الغير بأعمال معينة تتعارض مع حق المالك أو اجبار المالك على القيام بأعمال معينة . وتطبيقا لذلك يجيز المشروع

للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاج اليه أراضيهم من رى أو صرف ، ويعطى حق المجرى وحق المسيل ، كما يعطى حق المرور ويتوسع فيه ، .... وفى الملكية الشائعة يحمى المشروع الأغلبية من الشركاء ضد تعنت الأقلية ، ويذهب فى ذلك الى حد بعيد حتى ليجيز للأغلبية أن تتصرف فى المال الشائع جميعه رغم معارضة الأقلية ، اذا استندت فى ذلك الى أسباب قوية وكانت قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء . وكذلك الحال اذا انهدم السفل ، فان لصاحب العلو اجبار صاحب السفل على اعادة بنائه ، وعلى صاحب السفل أن يقوم بالأعمال اللازمة لحفظه . وفى هذه الحالة الأخيرة نرى المالك يجبر على القيام بأعمال معينة ، وهذا هو ابلغ مظاهر التدخل فى حق الملكية » (١) .

وجاء فى محضر الجلسة السادسة والثلاثين من لجنة مجلس الشيوخ فى خصوص المادة ٨٠٢ مدنى ، ما يأتى : « فتليت المادة ... وقام عليها اعتراض من ... من ناحية التعبير فيها بأن حق الملكية وظيفة اجتماعية ، وقال .. ان فى هذا التعبير تصويرا لمذهب فلسفى . فرد ... على هذا الاعتراض بأن هذه الصفة هى المتغلبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تصور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقا لاحد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب الى المالك القيام بها ، ويحميه القانون ما دام يفعل . أما اذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان :

١ — حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هى التى تقدم .

٢ — حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك ، فان هذه المصلحة هى التى تقدم بعد أن يعوض المالك

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠ — ص ١٢ .

تعويضـــا عادلا » (١) ٠ وقد قررت اللجنة على أثر ذلك الموافقة على المادة ، على أن تعود اليها للنظر فى هذا التعبير الجديد ٠

ثم جاء فى محضر الجلسة الثانية والخمسين لنفس اللجنة (لجنة مجلس الشيوخ) ما يأتى : « تليت المادة ٠٠٠ ، ورأت اللجنة حذف عبارة « على أن يكون ذلك متفقا مع لحق الملكية من وظيفة اجتماعية ، لأنهـا أشكل بالايضـــاحات الفقهيه ، وان فى التطبيقات التى أوردها المشرع ما يغنى عنها » (٢) ٠

ويتبين مما نقلناه عن مجمـوعة الأعمال التحضـيرية أن التقنين المدنى الحالى قد جعل للملكية وظيفة اجتماعية تقوم بها ، وقد ظهر ذلك ظهورا واضحا فى كثير من الأحكام والتطبيقات التى أوردها ٠ بل هو قد صرح بالوظيفة الاجتماعية التى لحق الملكية فى المشروع التمهيدى ، واذا كانت هذه العبارة الصريحة قد حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ ، فلم يكن ذلك عدولا عما قرره المشروع التمهيدى فى هذا الشأن ، بل لأن اللجنة قد رأت هذا التعبير « أشكل بالايضاحات الفقهية » ، ونوهت بأن « فى التطبيقات التى أوردها المشروع ما يغنى عنها » ٠

على أنه اذا كان قد ورد فى المناقشات والعبارات التى أوردناها فى هذا الصدد أن « الملكية وظيفة اجتماعية » ، فليس المقصود من ذلك تقرير أن الملكية ليست الا وظيفة اجتماعية ٠ فهى وظيفة اجتـماعية (fonction sociale)، وحق ذاتى أو فردى (droit subjectif, individuel) فى وقت معا ٠ وانما أريد ابراز الوظيفة الاجتماعية التى لحـق الملكيــــة ، لأنها هى الشىء الجديد الذى أتى به التقنين المدنى الحالى مخالفا فى ذلك التقنين المدنى السابق (٣) ٠

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥ ٠

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥ ٠

(٣) وينبه كثير من الفقهاء الى أن الملكية ليست وظيفة اجتماعية ، بل ان لهـا وظيفة اجتماعية ٠ فيقول كولان وكابيتان ودى لامور انديير فى هذا =

فالملكية اذن حق ذاتي ، ولها وظيفة اجتماعية (١) • وهذا ما نتولى بيانه فى مبحث أول ، وفى المبحث الثانى نميز بين مناطق مختلفة فى حق الملكية فليست مناطق الملكية سواء فيما يقوم به هذا الحق من وظيفة اجتـــماعية •

المبحث الأول

الملكية حق ذاتى ولها وظيفة اجتماعية

١ — الملكية حق ذاتى

٣٣٣ — الملكية حق ذاتى فى عناصره وخصائصه :

الملكية حق ذاتى كسائر الحقوق ، بل هى أكثر الحقوق عناصر ، وأشملها خصائص •

= المعنى : « ليست الملكية وظيفة اجتماعية . بل ان لهـــا وظيفة اجتماعية تقوم بها » (جزء أول فقرة ٦٦١ ص ٧٧٣) . وانظر ايضا فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١ — Nerson فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ propriété فقرة ٣ ص ٢٨١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٠٥ — ريبير فى اضمحلال القانون سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٢ . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور : « الا انه يجب الا نذهب الى حد القول ان الملكية اصبحت الآن وظيفة اجتماعية ، كما يقول البعض . فاذا جاز هذا التعبير فى لغـــة المصلحين الاجتماعيين ورجال السياسة ، فيحسن تجنبه فى لغة القانون ، اذ يتضمن وصف الملكية بأنها وظيفة انكارا لفكرة الحق ذاتها . ان مركز المالك يختلف اختلافا جوهريا عن مركز الموظف ، فالمالك يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الخاصة ، أما مصلحة الجماعة فتتحقق بطريق غير مباشر . أما الموظف ، فيباشر السلطات التى تدخـــــل فى اختصاصه لحساب الجماعة ولتحقيق مصلحة الجماعة بطريق مباشر . ولهذا فالتعبير الصحيح أن يقال ان للملكية وظيفة اجتماعية » (منصور مصطفى منصور فقرة ٦ ص ١٤ — ص ١٥) .

(١) ولذلك كان المشروع التمهيدى لا يذكر ان الملكية وظيفة اجتماعية ، بل يشير الى « ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » (انظر آنفــــا ص ٥٤٦) . فالملكية اذن لها جانبان ، جانب فردى وجانب اجتماعى ، ولا يكتمل لنا فهم الملكية فهما صحيحا الا اذا اعتبرنا كلا من الجانبين (انظر فى هذا المعنى Rouast فى تطور حق الملكية ، ضمن دراسات جماعة هنرى كابيتان جزء أول سنة ١٩٤٥ ص ٤٥ وما بعدها) .

فالملكية حق ذاتي فى عناصره . وقد قدمنا أن المالك له سلطة ذاتية على الشيء الذي يملكه ، وسلطته على الشيء هى أوسع السلطات . فله أن يستعمل الشيء فى شؤونه الخاصة ، ويستعمله على الوجه الذي يقدر أنه نافع له . وله أن يستغل الشيء ارضاء لمصالحه الشخصية ، ووفاء بحاجاته الذاتية . وله أن يتصرف فى الشيء بجميع أنواع التصرفات ، فله أن ينقل ملكيته الى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وله أن يرتب حقوقا متنوعة على الشيء ، من حق انتفاع الى حق ارتفاق الى حق رهن الى غير ذلك من الحقوق . وله أن يغير من معالم الشيء ، وأن يزيد عليه ، وأن ينتقص منه ، بل له أن يستهلكه وأن يتلفه وأن يعدمه . كل ذلك سعيا وراء مصالحه الشخصية ، ووفاء بحاجاته الخاصة . فالملكية اذن ، كسائر الحقوق ، حق ذاتي من حيث عناصره ، بل هـو أكثر الحقـوق الذاتية عناصر كما سبق القول .

والملكية حق ذاتي فى خصائصه . وقد قدمنا أن الملكية حق جامع ، فيجمع المالك فى يده جميع السلطات على الشيء على النحو الذي رأيناه. ومن المالك تستمد كل سلطة على الشيء ، وما لم يثبت أجنبى أنه استمد سلطة معينة بموجب ارادة المالك أو بموجب حكم القانون ، فهذه السلطة للمالك لا لأحد غيره . وقدمنا أن الملكية حق مانع ، فيستأثر المالك بالشيء وحده ، وليس لأحد أن يشاركه فيه . وهذه الذاتية فى حق الملكية تعتبر من مقوماته ، وخصائصه البارزة . فاذا كان الشيء المملوك أرضا فضاء، كان للمالك أن يسورها وأن يمنع دخول الغير فيها ، حتى لو لم يصبـه من دخول الغير ضرر . ولا يجـوز لأحد أن يشـارك المالك بغير اذنه فى استعمال الشيء ، أو فى استغلاله ، أو فى التصرف فيه (١) . والملكية أخيرا حق دائم . وتتميز الملكية بالدوام عن أى حق ذاتي آخر ، فكلا حق عينيا كان أو شخصيا — هو حق موقت أو يمكن أن يكون موقتا ، وذلك فيما عدا حق الملكية فانه يدوم ما دام الشيء المملوك . وهذا وحده كاف

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩١ ص ٢٥٦ .

لطبع الملكية بطابع ذاتى ، اذ يستطيع المالك ، ومن بعده خلفاؤه ، أن يستأثروا بالشيء المملوك • ويبقون مستأثرين به ، الى أن يهلك الشيء أو يتلف • ومن ثم كانت دعوى الاستحقاق غير قابلة للسقوط بالتقادم ، وكذلك لا يجوز ان تقترن الملكية بأجل • وقد سبق بيان ذلك •

٣٣٤ — الملكية حق ذاتى فى نطاقه :

ونطاق الملكية يتسع ، حتى ليشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها • واذا كانت الملكية كما قدمنا أكثر الحقوق الذاتية عناصر وأشملها خصائص ، فهى أيضا أوسعها نطاقا • ولا تقتصر على هذا القدر من العلو والعمق ، بل هى أيضا تتناول مع الشيء المملوك كل ما ينتجه هذا الشيء من ثمار ومنتجات كما سنرى • بل ان مالك الأرض يملك بالالتصاق كل ما اتصل بها من مبان وغراس ، ويستأثر الى أوسع مدى بحقه الذاتى فى ملكه •

وهكذا يمتد حق المالك ، فيتناول الأرض فى سطحها طولا وعرضا ، وفى حيزها علوا وعمقا ، ويشمل كل ما يتصل بالأرض من ملحقات ، وما تخرجه من ثمار ومنتجات ، وهذا أقصى ما يصل اليه الحق فى اتساع نطاقه •

٣٣٥ — الملكية حق ذاتى فى حمايته :

ويحمى القانون المالك حماية شاملة ، فيمنع الغير من الاعتداء على ملكه ، ويضع فى يده سلاحا قويا فى دعوى الاستحقاق يسترد بموجبها ملكه من تحت يد أى حائز لها ، غاصبا كان أو غير غاصب •

ولا يجوز نزع الملكية جبرا على صاحبها الا بشروط ، أهمها أن يقوم مبرر قانونى لذلك [١] ، وأن يعوض المالك مقدما عن ملكه • كل ذلك تفصيلا فيما سيأتى •

---

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة التاسعة من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ بتنظيم الرقابة على عمليات النقد المعدلة بالقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٥٣ فيما نصت عليه من انه فى حالة عدم=

وقد قضت محكمة النقض بأن الملكية الخاصة مصونة ــ بحكم الدساتير المتعاقبة ــ فلا تنزع الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون (المادة الخامسة من الدستور المؤقت الصادر فى سنة ١٩٥٨ ، والمادة ١٦ من دستور سنة ١٩٦٤ ، والمادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٧١) ، وقد نصت المادة ٨٠٥ من القانون المدنى على أنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه الا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل ، ونصت المادة الأولى من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين على أن « يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة والتعويض عنه وفقا لأحكام القانون » • ومؤدى هذا ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ أن يكون مصدر التزام الجهة نازعة الملكية بتعويض الملاك هو القانون وليس العمل غير المشروع وذلك سواء التزمت تلك الجهة الاجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية اذا التفتت عنها اذ نزع الملكية دون اتخاذ الاجراءات القانونية يؤدى الى الاستيلاء على ملك صاحب الشأن ونقل حيازته للدولة التى تخصصه للمنفعة العامة فيتفق فى غايته مع نزع الملكية باتخاذ اجراءاته القانونية ، ومن ثم فيستحق ذوو الشأن جميع ما يرتبه قانون نزع الملكية من حقوق بما فى ذلك الحق فى تعويض يعادل الثمن ولا تخضع المطالبة به للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون

= الاذن برفع الدعوى يجوز لوزير المالية او لمندوبه مصادرة المبلغ موضوع المخالفة وذلك اعتبارا من تاريخ نفاذ الدستور فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ الذى نص فى المادة ٣٦ منه على أن المصادرة العامة للأموال محظورة ولا يجوز المصادرة الخاصة الا بحكم قضائى (دستورية عليا فى ٤ مارس سنة ١٩٧٨ الطعن رقم ٣ لسنة ٨ قضائية دستورية) .

كما قضت محكمة النقض بأن المبالغ والأشياء موضوع الجريمة النقدية لا تؤول الى الدولة الا بالصلح الذى تتنازل بموجبه الجهة الادارية عن الدعوى الجنائية مقابل تنازل المتهم عن تلك المبالغ والأشياء للدولة ، اما قرار التصالح الذى تصدره الجهة الادارية بغير رضاء المتهم عامة لا يترتب عليه أيلولة الأموال المضبوطة للدولة . اذ المادة ٣٦ من الدستور حظرت المصادرة الادارية (نقض مدنى فى ٦ مايو سنة ١٩٨٢ مجموعة احكام النقض السنة ٣٣ رقم ٩٠ صفحة ٥٠٠) .

المدنى وانما يتقادم بمضى خمسة عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق عملا بنص المادة ٧٤ من القانون المذكور (١) .

٣٣٦ ـ الملكية الذاتية ثمرة العمل وجزاؤه الحق :

واذا كان المالك يستأثر بما يملكه ، ويحوزه لمصلحته الخاصة وللوفاء بحاجاته الشخصية ، فما ذلك الا لأنه فى الأصل قد بذل جهودا فى العمل ، وكانت الملكية هى ثمرة هذه الجهود ، والأجر على هذا العمل . ومتى ثبتت الملكية لصاحبها ، وجب أن تثبت له بجميع عناصرها من استعمال واستغلال وتصرف ، وبجميع خصائصها فتكون جامعة مانعة دائمة .

فللمالك اذن أن يتصرف فى الشىء حال حياته ، وينتقل الشىء الى ورثته بعد وفاته . واذا كان يبدو أن الوارث لم يبذل جهدا فى تملكه للشىء الموروث ، فان الميراث ينظر اليه لا على أنه جزاء للوارث ، بل هو جزاء للمورث . ذلك أن المورث اذا كان لم يتصرف فى الشىء وهو حى وهذا حقه ، فانه أراد بذلك أن ينتقل الشىء الى وارثه بعد وفاته وهذا حقه أيضا ، بل هذا هو جزاؤه على عمله . ولا ضير من أن ينتقل الشىء الى وارث قد لا يستحقه ، فان هذا الوارث اذا كان حسن التدبير فما ورثه يكون عونا له فلا يكون عالة على المجتمع ، واذا كان سىء التدبير فانه لا يلبث أن يضيع ما ورثه . وفى بعض الحالات تكون الورثة ، وبخاصة الزوجة والأولاد ، قد ساهموا فى الجهود التى بذلها المورث فى الحصول على ملكه .

فالملكية الذاتية اذن هى ثمرة العمل ، وهى جزاؤه الحق (٢) .

٣٣٧ ـ الملكية الذاتية أقوى حافز على العمل وخير ضمان للاستقلال الشخصى :

ولا يجوز الاقتصار فى النظر الى الملكية الذاتية على أنها جزاء ،

---

(١) نقض مدنى فى ٢٧ ابريل سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٨٣ صفحة ١٠٦٧ .

(٢) انظر مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٤ .

فهى ، قبل أن تكون جـزاء على العمـل ، أقوى حافز عليه . ذلك أن الانسان بطبعه قد ركب فيه من حب الذات ما يجعله أقوى ما يكـون نشاطا واقبالا على العمل عندما يعلم أن لعمله جزاء يستأثر به لنفسه ، ولا يشاركه فيه غيره . وليس الأمر هنا أمر سلوك يمدح أو يذم ، بل هو أمر الواقع المشاهد ، وليس لنا بد من استخلاص نتائجه . فالنشاط الفردى ، وهو من الأسس القوية التى يقوم عليها المجتمع . لابد له من حافز ، وأقوى حافز له هى المصلحة المادية ، وأبرز صور المصـلحة المادية هى الملكية الذاتية .

ثم ان الملكيـة الذاتيـة لا تقتصر على أن تكون أقوى حافز على العمل ، بل هى أيضا خير ضمان للاستقلال الشـخصى . فمن لا يملك شيئا يفقد استقلاله ، ويكون عبدا لمن ملك . ومهمة الدولة ليست فى أن تلغى الملكية الذاتية وتكون هى المالكة لكل شىء فيصـبح الناس جميعا عبيدا لها ، بل مهمتها على العكس من ذلك هى أن تجعل الملكية الذاتية فى متناول كل من يعمل . فتكون الملكية الذاتية أفضل جزاء على العمل ، وأقوى حافز عليه ، وخير ضمان للاستقلال والحرية (١) .

---

(١) وتقول الأستاذة مازو ، فى هذا المعنى : « الملكية الذاتية هى التى يقوم عليها استقلال الانسان وحريته . فمن لا يملك شيئا لنفسه يكون تابعا تبعية تامة للآخرين ، ويصبح من « البروليتاريا » ، مستعبدا للدولة اذا كانت الدولة هى التى تملك كل شىء ، أو مستعبدا لمن يملكون اذا كان هؤلاء هم الذين يستحوذون على الثروة . فمن الضرورى اذن ان يسـتطيع كل فرد الحصول على مال يكون له وحده ، وشيوعية المال ، اذ تحرم الانسان من ذلك ، تحوله الى عبد رقيق للدولة . ومن هنا ندرك ان ديباجة الدسـتور الصادر فى ٤ اكتوبر سنة ١٩٥٨ (الدستور الفرنسى) تحيل على « اعلان حقوق الانسان » الصادر فى سنة ١٧٨٩ ، وهذا الاعلان يقرر حرمة الملكية الذاتية . وندرك كذلك أن « الاعلان العالمى لحقوق الانسان » الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ يقول فى المادة ١٧ منه : « كل شخص ، سواء كان وحده أو بين الجماعة ، له الحق فى ان يتملك ، ولا يجوز حرمان احد من ملكه تحكما واعتسافا » ... والملكية الذاتية هى الكفيل ، فى ميـدان النشـاط الاقتصادى ، بأجود ما يكون من الانتاج . ولا يهب الانسان نشاطه كاملا للعمل الا ليكفل لنفسه ، وليكفل بالأخص لأولاده من بعده ، قدرا من الثروة يكون من شأنه الارتفاع بمستوى معيشته ، ولن نجد ، فى اى نظام من نظم =

٢ — الملكية وظيفة اجتماعية

٣٣٨ — الأساس الذى تقوم عليه الوظيفة الاجتماعية للملكية :
واذا كان حق الملكية حقا ذاتيا على النحو الذى بسطناه ، فان لهذا الحق وظيفة اجتماعية يجب أن يقوم بها • وقد وقف التقنين المدنى الفرنسي فى سنة ١٨٠٤ عند ذاتية حق الملكية ، وأغفل كثيرا من مظاهر الوظيفة الاجتماعية التى لهذا الحق • ولكن المذاهب الاشتراكية التى بدأت تنتشر طوال القرن التاسع عشر ، وأخذت تنفذ الى صميم النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية ، ووصلت الى الأوج من انتشارها فى القرن العشرين . ما لبثت أن أبرزت جانب الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، وكان ذلك بطبيعة الحال على حساب جانب الذاتية فى هذا الحق •

ولا شك فى أن الملكية حق ذاتى وحق اجتماعى فى وقت واحد • أما أنها حق ذاتى ، فقد تقدم القول فى ذلك ؛ وأما أنها حق اجتماعى فينهض أساسا لذلك أمران :

١ — مبدأ التضامن الاجتماعى ، فان هذا المبدأ يقضى بوجوب التعاون فى المجتمع • والملكية من أهم الدعائم التى يقوم عليها هذا التعاون ، فالمالك يجب أن يعتبر نفسه ، كما هو الواقع ، عضوا فى المجتمع الذى يعيش فيه ، يأخذ منه ويعطيه •

٢ — على أن المالك ، اذا كان قد كسب ملكه بعمله كما سبق القول ، مدين أيضا للمجتمع بما كسب • فليس عمله وحده هو الذى أكسبه الملك ، بل ان المجتمع ساهم مساهمة ملحوظة فى جهود المالك حتى يحصل هذا على ما أصبح مالكا له • ومساهمة المجتمع فى جهود المالك هى على نفس مستوى مساهمة الأسرة أو لعلها تزيد ، فاذا كانت مساهمة الأسرة

= التسخير فى العمل ، بديلا من هذا الحافز للنشاط الانسانى » (مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٤) •

هى أحد مبررات الميراث ، فلا شك فى أن مساهمة المجتمع تبرر هى الأخرى أن تكون للملكية وظيفة اجتماعية (١) .

ومقتضى أن تكون للملكية وظيفة اجتماعية هو أن يقيد حق الملكية ، لا للمصلحة العامة فحسب ، بل أيضا للمصلحة الخاصة .

٣٣٩ — تقييد حق الملكية للمصلحة العامة :

جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى كما رأينا (٢) : « حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هى التى تقدم ، فما ينبغى أن تقف الملكية حجر عثرة فى سبيل تحقيق المصلحة العامة ، ولا يدخل هذا فى وظيفتها الاجتماعية » . وقد رأينا (٣) . أن نطاق الملكية يتسع حتى يشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها . وليس معنى ذلك أن مالك الأرض يسوغ له أن يمنع أى عمل يقام به للمصلحة العامة فوق سطح الأرض أو تحتها ، كمرور الأسلاك المعدة

---

(١) وقد كان الأستاذ Duguit هو الذى صاغ نظرية الملكية كوظيفة اجتماعية فى وضعها الحديث (كاربونييه ص ٨٧) . ففى كتابه فى الاتجاهات العامة فى القانون الخاص منذ تقنين نابليون ، قرر ان الملكية ليست حقا بل هى وظيفة اجتماعية ، وعلى المالك أن يقوم بالوظيفة الاجتماعية التى لحق الملكية ، والا فان القانون لا يحميه . وتشتمل وظيفة الملكية على عنصرين : العنصر الأول هو ما على المالك من واجب وما له من سلطة ، فى استعمال ملكه للوفاء بحاجاته الخاصة ، فيوسع من حالات نشاطه المادى والمعنوى . والعنصر الثانى هو ما على المالك من واجب وما له من سلطة فى استعمال ملكه للوفاء بحاجات المجتمع ، فيساهم فى تقدم الجماعة . انظر ايضا فى هذا الصدد محمد على عرفة فقرة ١٥٠ ص ١٨٧ — ص ١٨٨ .

ويقول الأستاذ مازو فى هذا المعنى : « اذا كان حق الملكية يجب ان يكون ذاتيا ، فان استعماله يجب أن يكون اجتماعيا . ومعنى ذلك ان على المالك ان يقيم فى اعتباره وزنا لمصالح الغير ، ويستطيع المشرع أن يرغمه على ان يفعل اذا كان قد نسى . وهذا هو الذى يبرر القيود التى تحد من اطلاق حق الملكية ، ويبرر فرض الضرائب على الايراد وعلى راس المال . والضرائب هى نصيب الجماعة يعود اليها ، وهى المساهمة الاجبارية فى الأعمال التى تدخل فى دائرة المصلحة العامة » (مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٥) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٣٢ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٣٣٤ .

للمواصلات التلغرافية أو التليفونية أو المعدة للاضاءة أو لنقل القوى الكهربائية ومواسير المياه والغاز (انظر القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣٩) • وبوجه عام ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض • وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٠٣ مدنى على أن « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد فى التمتع بها علوا أو عمقا » •

أما المناجم التى توجد تحت الأرض فهى مملوكة للدولة لا لصاحب الأرض ، وقد نظم أحكامها قانون خاص سيأتى بيانه •

وقد تصل المصلحة العامة فى التعارض مع حق المالك الى حد أن تلغى هذا الحق • وقد أجاز القانون فعلا نزع الملكية للمنفعة العامة بشروط وقيود سيأتى بيانها •

كذلك قد تقتضى المصلحة العامة تأميم الملك ونقله الى الدولة ، كما وقع ذلك فى شأن البنوك وشركات التأمين والشركات الصناعية ، فلا يجوز أن يقف حق الملكية حائلا دون ذلك •

ثم ان هناك كثيرا من القيود ترد على حق الملكية ، قررتها القوانين واللوائح لمصلحة عامة اقتضتها • وقد فرضت المادة ٨٠٦ مدنى « على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة ••• » • ومن أهم هذه القيود حقوق الارتفاق الادارية ، كحقوق التطرق المتعلقة بالشوارع وهى الارتفاقات التى يتحمل بها الملاك الذين توجد أملاكهم على جانبى الطريق العام كتقرير خط التنظيم وعدم البناء من غير رخصة أو هدم الأبنية المختلة أو الآيلة للسقوط (١) ، والحقوق المتعلقة بمجارى المياه كحق الحكومة

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المادة ١٢ من قانون تنظيم المبانى السابق رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ انه اذا صدر قرار من المحافظ باعتماد خطوط التنظيم فانه يحظر على اصحاب الشأن من وقت صدور هذا القرار اجراء اعمال البناء أو التعلية فى الاجزاء البارزة عن خط التنظيم ، غير انه حماية لحقوق الافراد ، حسبما ورد بالمذكرة الايضاحية لهذا =

فى قلع الأشجار المغروسة فى الجسور وميول الترع العــامة اذا كانت هذه الأشجار تعوق سير المياه فى الترع أو تعطل الملاحة فيها أو تمنع السير على جسورها • ومن هذه القيود أيضـــا ما تقرر لمصـــلحة الأمن العام أو الصحة العامة . كالقيود التى تجب مراعاتها فى انشاء العزب والزرائب . أو المحال العامة . أو المحال المقلقة للراحة والضارة بالصحة والخطرة ، أو اقامة الآلات الرافعة . أو تركيب الآلات البخــارية ، أو احداث الحفر أو البرك • ومن هذه القيود ما تقرر لمصلحة الزراعة ، كالقيود الخاصة بوقاية القطن والمحصين الاخرى . ومنع زراعة القطن فى اكثر من مســاحة معينة • ومنها ما تقرر للمصــلحة الحربية ، كانشاء منــاطق خطر حول القلاع • ومنها ما وضــع لحفظ الثروة القــومية وانماتها . كالقيود الخاصة بالمناجم وحماية الاثار التاريخية • وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى القيود التى ترد على حق الملكية (١) •

وقد قضت محكمة النقض بان نص المادة ٨٠٦ من القانون المدنى أن حق الملكية ليس حقا مطلقا وان المالك فى استعماله اياه يجب ان يعمل فى حدود القوانين واللوائح . فاذا اخل بأى التزام فرضته عليه هــذه القوانين واللوائح كان الاخلال بهذا الالتزام خطأ يستوجب المسئولية التقصيرية ، ومن ثم فأن الجار الذى يخالف القيود القانونية يرتكب خطأ، فاذا ترتب على خطئه هذا ضرر للجار ، فأنه يلتزم بتعويض الجار عن

= القانون ، فقد نص المشرع على الزام الادارة بتعويض أولى الشأن تعويضا عادلا اذا تحقق موجبه (نقض مدنى فى ١٦ يونية سنة ١٩٨٢ مجموعة احكام النقض السنة ٣٣ رقم ١٤١ صفحه ٧٩١) •

(١) انظر ما يلى فقرة ٣٩٦ — فقرة ٤٠٠ •

وقد قضت محكمة النقض بأن تقييد حق الملكية بقيود اتفاقية أو قانونية تنظمها تشريعات خاصــة مراعاة للمصلحة العامة ، امر جائز لا يؤثر على بقــاء حق الملكية وقيامه ، مؤدى ذلك — وعلى ما جرى به قضـــاء محكمة النقض — هو تكييف العلاقة بين وزارة التموين واصحاب مطاحن الحبوب على اســاس ان يعتبر العقد الذى يربطهما عقد بيع ناقل للملكيــة الحبــوب لاصحاب المطاحن الذين يقومون بطحنها لحسابهم وبيعها دقيقا بالســـعر الجبرى ، فاذا انتهت عمليتهم بربح اوخسارة فانهم يتحملون نتيجتها (نقض مدنى فى ٤ فبراير سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السـنة ٢٠ رقم ٣٩ صفحة ٢٤٧) •

هذا الضرر مهما ضئول ويستوى فى ذلك أن يكون الضرر ماديا أصاب الجار فى مصلحة مادية أو أدبيا اصاب الجار فى معنوياته ومنها شعوره بالاعتداء على حق له (١) •

٣٤٠ — تقييد حق الملكية للمصلحة الخاصة :

تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، كما رأينا (٢) ، فى هذا الصدد : « حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك ، فان هذه المصلحة الخاصة هى التى تقدم ، بعد أن يعوض المالك تعويضا عادلا • وهنا نجد القيد الذى يرد على حق الملكية قد تقرر ، لا للمصلحة العامة ، بل للمصلحة الخاصة » • وهذا المظهر من تقييد حق الملكية المصلحة الخاصة هو أبلغ مظهر لمبدأ التضامن الاجتماعى ، ولكون الملكية لها وظيفة اجتماعية يجب عليها أن تؤديها •

فالمبدأ الأساسى اذن هو أنه حيث تتعارض مصلحة المالك مع مصلحة خاصة لأجنبى ، فليس من الضرورى أن تقدم مصلحة المالك ، فقد كان من الضرورى تقديمها لو أن الملكية حق ذاتى فحسب • ولكن الملكية لها وظيفة اجتماعية ، وهذه الوظيفة تقضى بأنه تجب الموازنة بين مصلحة المالك ومصلحة الأجنبى ، فان كانت مصلحة الأجنبى أولى بالرعاية من مصلحة المالك ، وجب تقديم مصلحة الأجنبى مع تعويض المالك التعويض العادل • وبذلك تكون الملكية قد أدت وظيفتها الاجتماعية على خير وجه يقضى به التضامن الاجتماعى •

واذا رجحت مصلحة الأجنبى على مصلحة المالك ، فأقل ما يطلب من المالك أعمال سلبية يمتنع بها عن الاضرار بالجار • وقد يجاوز الأمر الأعمال السلبية من المالك ، الى أعمال ايجابية من الجار • بل قد يصل الأمر الى حد أن يقتضى من المالك نفسه أن يقوم بأعمال ايجابية لمصلحة

---

(١) نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ رقم ١٧٧ صفحة ٩٨٤ •

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٣٢ •

الغير ، وهذه هى أبلغ مظاهر الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، وبهـا يكون التضامن الاجتماعى قد بلغ الذروة فى التقييد من سـلطان المالك .

٣٤١ — أعمال سلبية من المالك :

الأمثلة كثيرة على الأعمال السلبية التى تقتضى من المالك حتى يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية ؛ وسـنعرض لها تفصيلا عند الكلام فى القيود التى ترد على حق الملكية . ونجتزىء هنا بايراد بعض الأمثلة :

١ — يجب على المالك أن يمتنع عن أستعمال ملكه بحيث يضر بالجار ضررا فاحشا ، واذا جاز للمالك أن يطلب من جاره أن يتحمل مضـار الجوار المألوفة ، فليس له أن يحمله المضار غير المألوفة للجوار . وفى هذا المعنى تقول المـادة ٨٠٧ مدنى : « ١ — على المالك ألا يغلـو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . ٢ — وليس للجار ان يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضـار اذا تجاوزت الحـد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقـارات ، وموقع كل منهـا بالنسـبة الى الآخر ، والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصه دون استعمال هذا الحق » .

وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعسف والغلو فى استعمال المالك لحقه هو من شـئون محكمة الموضـوع كما ان تقـدير التعويض الجابر للضرر الناتج عن هذا التعسف هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان القانون لا يلزمها باتباع معايير معينة فى شأنه [١] .

٢ — لمالك الحائط أن يتصرف فى حائطه كما يشاء ، فله أن يرممه اذا احتاج الى الترميم ، وله أن يعدل فى طريقه بنائه ، وله أن يهـدمه ويعيد بناءه ، بل له أن يهدمه ويعيد بناءه ، بل له أن يهدمه ثم لا يعيد

---

(١) نقض مدنى فى ١٣ فبراير سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ٥١ صفحة ٣١٧ .

بناءه ، ولا يجبر على النزول عن جزء من حائطه لجاره الملاصق ، الا فى حالة خاصة نصت عليها المادة ٨١٦ مدنى . ومع ذلك اذا كان الجار يستتر بالحائط . امتنع على صاحب الحائط هدمه مختارا دون عذر قوى ان كان انهدم يضر بالجار . وتنص المادة ٨١٨ مدنى فى هذا الخصوص على أنه « ١ — ليس لجار ان يجبر جاره على تحويط ملكه ، ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط الا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ . ٢ — ومع ذلك فليس لمالك الحائط ان يهدمه مختارا دون عذر قوى . ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » .

٣ — فى ملكية الطبقات حيث يوجد علو وسفل . يجوز لكل من مالك العلو والسفل أن يتصرف فى ملكه كما يشاء . فيعدل من بنائه ، ويزيد فيه أو ينتقص منه . ويعليه اذا كان يحتمل الاعلاء . ومع ذلك يجب على صاحب العلو أن يمتنع عن اعلاء علوه ، اذا كان هذا الاعلاء يحمل السفل ثقلا جسيما بحيث يضر به . وتنص المادة ٨٦١ مدنى على هذا الحكم فتقول : « لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل » .

٤ — فى قيود البناء الاتفاقية : نصت المادة ١٠١٨ من القانون المدنى على انه « اذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء كان يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فان هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره . ٢ — وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عينا . ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض اذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك » ومفاد هذا النص ان قيود البناء الاتفاقية تعتبر حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات التى تقع فى المنطقة يترتب عليها ان تصبح كل قطعة من الارض مرتفقا بها لفائدة جميع القطع الأخرى بحيث تكون سبب التزام مالك كل قطعة باحترام حقوق الارتفاق المقررة عليها لمصلحة القطع الأخرى هو التزام ملاك

هذه القطع باحترام حقوق الارتفاق المقابلة (١) • فاذا خالفهـا أغلب أهل الحى أصبح صـاحب العقار المرتفق به فى حل من الالتزام بهـا لانتفاء سبب هذا الالتزام (٢) •

وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة ١٠١٨ من القانون المدنى فى فقرته الأولى ، يدل على أن قيود البناء الاتفاقية التى تدرج عادة فى بيوع الأراضى المقسمة وتلزم المشترين لهذه الأراضى بالبناء عـلى مساحة محددة وعلى خط معين أو عدم تجاوز أرتفاع محدد أو غير ذلك، تكون منشئة لحقوق أرتفاق متبادلة لفائدة جميع العقارات . مالم يقـم الدليل على أن الطرفين قصدا الى غير ذلك ، ويكون لاصحاب العقارات المقررة لها هذه الحقوق أن يطالبوا صاحب العقار المرتفق به بالالتزام بها أو ببعضها ، الا أنه أذا ما ألف أغلب ملاك الأراضى مخالفة تلك القيود ودرجوا على ذلك ، أصبح صاحب العقار المرتفق به فى حل من الالتزام بها لانتفاء سبب الالتزام (٣) •

٣٤٢ ــ أعمال ايجابية من الغير :

وقد تقتضى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية أن يتدخل الغير تدخلا ايجابيا فى انتفاع المالك بملكه ، ليتوقى ضررا أشد بكثير من الضرر الذى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قيود البناء الاتفاقية تعتبر حقـوق ارتفاق متبادلة مقررة لفـائدة جميع العقـارات التى تقع فى المنطقة يترتب عليها ان تصبح ــ على ما جرى به قضاء محكمة النقض ــ كل قطعـة من الأرض مرتفقا بها لفائدة جميع القطع الأخرى بحيث يكون سبب التزام مالك كل قطعة باحترام حقوق الارتفاق المقررة عليها لمصلحة القطع الأخرى هو التزام ملاك هذه القطع باحترام حقوق الارتفاق المقابلة (نقض مدنى فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السـنة ١٨ رقم ٢٥٢ صـفحة ١٦٦٨) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن قيود البناء الاتفاقية تعتبر ــ على ما جرى به قضاء محكمة النقض ــ حقوق ارتفاق متبادلة مقررة لفائدة جميع العقارات الكائنة فى الحى والتى فرضت لمصلحتها تلك القيود فاذا خالفهـا اغلب أهل الحى أصبح صاحب العقار المرتفق فى حل من الالتزام بها لانتفاء سبب هذا الالتزام (نقض مدنى فى ٢٩ فبراير سـنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٦٣ صفحة ٤٢٨) •

(٣) نقض مدنى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٢٤ صفحة ١١٧٦ •

يصيب المالك من التدخل ، على أن يعوض المالك التعويض العادل • وقد طبق هذا المبدأ تطبيقات بعيدة المدى ، نذكر منها ما يأتي :

١ — لمالك المسقاة أو المصرف أن ينتفع بمسقاته أو مصرفه ، وأن يستقل بهذا الانتفاع فلا يشاركه فيه أحد • ومع ذلك يجوز للجار أن يأخذ ماء من المسقاة (حق الشرب) لرى أرضه ، أو يصرف ماءه فى المصرف (حق الصرف) ، بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته من مسقاته أو مصرفه • وتنص المادة ٨٠٨ مدنى على هذا الحكم على الوجه الآتى : « ١ — من انشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا ، طبقا للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها • ٢ — ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها • وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات انشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منهما » •

٢ — مالك الارض حر فى التصرف فى ملكه كما يشاء ، وله أن يمنع غيره من الانتفاع بالارض • ومع ذلك يجوز للجار أن يجبر المالك على أن تمر بأرضه المياه الكافيه لرى أرض الجار البعيدة عن مورد المياه (حق المجرى) ، أو أن تمر بأرضه مياه الصرف الآتية من أرض الجار لتصب فى أقرب مصرف عام (حق المسيل) ، بشرط تعويض المالك تعويضا عادلا • وتنص المادة ٧٠٩ مدنى على هذا الحكم فيما يأتى : « يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لدى الأراضى البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لتصب فى أقرب مصرف عمومى ، بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا » •

٣ — لمالك الأرض أن يمنع جاره من المرور بأرضه • ومع ذلك اذا كانت أرض الجار محبوسة عن الطريق العام ، فان للجار حق المرور فى أرض جاره بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه

المألوف ، وذلك فى نظير تعويض عادل • وهذا ما يسمى بحق المرور ، وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدنى على الوجه الآتى : « مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام ، أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف ، اذا كان لا يتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة ، له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، ما دامت الأرض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك فى نظير تعويض عادل • ولا يستعمل هذا الحق الا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا ، وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » •

٤ — لمالك الأرض أن يمنع جاره من الجور على أرضه فيما يقيمه الجار من بناء على أرضه ، فاذا تعدى الجار على أرض جاره كان لمن وقع الاعتداء على أرضه أن يطلب ازالة التعدى عينا • ومع ذلك فقد نص المشرع فى المادة ٩٢٨ من القانون المدنى على أنه « اذا كان مالك الأرض ، وهو يقيم عليها بناء ، قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة اذا رأت محلا لذلك — ان تجبر صاحب هذه الأرض على أن يترك لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك فى نظير تعويض عادل » (١) •

٣٤٣ — أعمال ايجابية من المالك :

وهنا تصل الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية الى أبعد غاياتها ، فيجبر المالك على أن يقوم بأعمال ايجابية لمصلحة الغير • ونذكر على سبيل المثال ما يأتى :

١ — فى ملكية الطبقات ، يجبر صاحب السفل على أن يقوم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ٩٢٨ من القانون المدنى على انه « اذا كان مالك الأرض ، وهو يقيم عليها بناء ، قد جار بحسن نية على جزء من الارض الملاصقة ، جاز للمحكمة اذا رأت محلا لذلك — ان تجبر صاحب هذه الأرض على ان ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك فى نظير تعويض عادل » يدل على ان العبرة فى حسن النية هو بوقت البناء ولو زال بعد ذلك (نقض مدنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ رقم ١٢ ، صفحة ١١٧٤) •

بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو . وتنص المادة ٨٥٩ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ — على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو . ٢ — فاذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل . ويجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر باجراء الترميمات العاجلة » . بل يصل الأمر . فى اقتضاء أعمال ايجابية من المالك للوفاء بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية . الى حد أنه اذا انهدمت الطبقتان — العلو والسفل معا — أجبر صاحب السفل على اعادة بناء سفله ، حتى يتمكن صاحب العلو من بناء علوه هو أيضا . وقد أوردت المادة ٨٦٠ مدنى هذا الحكم على الوجه الاتى : « ١ — اذا انهدم البناء . وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله . فاذا امتنع ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ، الا اذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه . ٢ — وفى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته ، ويجوز له أيضا أن يحصل على اذن فى ايجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه » .

٢ — فى الملكية على الشيوع ، تجبر أقلية الشركاء على الموافقة على ما تقرره الأغلبية فى شأن ادارة المال الشائع . وتقول المادة ٨٢٨ مدنى فى هذا المعنى : « ١ — ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الادارة المعتادة يكون ملزما للجميع . وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء . فان لم تكن ثمة أغلبية ، فللمحكمة . بناء على طلب أحد الشركاء . أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع . ٢ — وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا ، كما أن لها ان تضع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا ، سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا . ٣ — واذا تولى أحد الشركاء الادارة ، دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلا عنهم » (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ٨٢٧ من القانون =

وليس الأمر مقصورا على أعمال الادارة المعتادة ، بل يجاوز ذلك الى ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة . فتجبر أقلية الشركاء على الموافقة ، تحت رقابة المحكمة ، على ما تقرره الأغلبية من تغييرات أساسية وتعديل فى الغرض الذى أعد له المال الشائع . وتورد المادة ٨٢٩ مدنى هذه الأحكام فيما يأتى : ١ — للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا ، فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال ، من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان . ٣ — وللمحكمة عند الرجوع اليها ، اذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » (١) .

= المدنى على ان « تكون ادارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » والنص فى المادة ٨٢٨ من هذا القانون على ان « ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الادارة المعتادة يكون ملزما للجميع وتحسب الاغلبية على أساس قيم الانصباء ، فان لم تكن ثمة اغلبية فللمحكمة بناء على طلب احد الشركاء ان تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع ، وللأغلبية ايضا أن تختار مديرا .... واذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم » ، يدل — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — على ان حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على أساس الأنصباء ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما انه لا يملك أكثر من نصف الأنصباء وان الايجار الصادر من احد الشركاء متى كان لا يملك أكثر من نصف الأنصبة لا يسرى فى مواجهة باقى الشركاء الا اذا ارتضوه صراحة أو ضمنا وانه يترتب على عدم سريان الايجار من احد المشتاعين فى مواجهة الباقين ثبوت الحق لهؤلاء فى اعتبار الايجار غير قائم بالنسبة لهم وبالتالى اعتبار المستأجر متعرضا لهم فيما يملكون اذ كان قد وضع يده بالفعل على العين (نقض مدنى فى ١٥ مارس سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ١٣٢ صفحة ٦٦٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٨٢٩ من القانون المدنى تخول الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى اعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة مما مفاده أن =

بل ان الأمر يجاوز حدود الادارة المعتادة وغير المعتادة ، ويصل الى حد التصرف فى المال الشائع . فتجبر أقلية الشركاء على الموافقة ، تحت رقابة المحكمة ، على ما تقرره الأغلبية من التصرف فى المال الشائع ، اذا استندت هذه الأغلبية فى قرارها الى أسباب قوية . وتنص المادة ٨٣٢ مدنى على هذا الحكم على الوجه الآتى : « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه، اذا استندوا فى ذلك الى أسباب قوية ، على ان يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان ، وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقرر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا » .

٣ — وقد جعلت التشريعات الاستثنائية الخاصة بالايجار ، نظرا لأزمة المساكن ، للمستأجر حقوقا واسعة ازاء المالك ، بحيث يكاد المستأجر يصبح شريكا للمالك فى ملكه . وأجبرت المالك على قبول أنواع شتى من تدخل المستأجر ، وخاصة فى تعيين حد أقصى للأجرة ، وفى ترك المستأجر يبقى بالعين المؤجرة ، حتى بعد انقضاء مدة الايجار ، المدة التى يراها ويستوى فى ذلك ايجار الأماكن وايجار الأراضى الزراعية . وقد دعا ذلك الفقهاء فى فرنسا ، ويشتمل القانون الفرنسى على تشريعات مماثلة ، أن يروا أن المالك قد أصبح اليوم ازاء المستأجر غير خالص الملكية ، بل هو لا يملك على داره أو أرضه الا ما كان يسمى فى العصور الوسطى بالملكية المشرفة (domaine éminent) يتقاضى بموجبها أجرا زهيدا ، أما الملكية الحقيقية أو الملكية النافعة (domaines utile) فهى للمستأجر (١) .

= ما تجريه الأغلبية من تغيير او تعديل يدخل وفقا لهذه المادة فيما تملك من أعمال الادارة غير المعتادة وينفذ فى حق الأقلية ما لم تقرها المحكمة المختصة على ما قد تثير من اعتراض (نقض مدنى فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٦٩ صفحة ١٩١٢) .

(١) انظر فى هذا المعنى مارتى ورينو فقرة ٣٦ ص ٤١ — مازو فقرة ١٣٠٣ ص ١٠٦٣ — وقد عرف فى فرنسا ، ما عرف فى مصر ، ما يسمى « خلو الرجل» ، اى مبلغ من المال يأخذه المستأجر لقاء تركه المكان المؤجر لمن يخلفه=

المبحث الثاني

التمييز بين مناطق مختلفة فى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية

٣٤٤ — المناطق المختلفة فى الملكية وتفاوتها بالنسبة الى الوظيفة الاجتماعية :

هنا نخرج قليلا عن دائرة القانون الى دائرة الاجتماع والاقتصاد، ولذلك نوجز القول .

ونبدأ بملاحظة هامة . فكثيرا ما يختلط عند البحث حق الملكية فى ذاته وسوء توزيع الثروة . وهما أمران مستقلان أحدهما عن الآخر كل الاستقلال وكثيرا ما يتخذ من سوء توزيع الثروة فى المجتمع ، واستئثار طبقة قليلة العدد بالقدر الأكبر من ثروة البلاد ، حجة لتدليل على عدم مشروعية حق الملكية ، وكأن الغاء هذا الحق هو الذى يكفل حسن توزيع الثروة . وواضح أن الغاء حق الملكية هو الغاء للثروة نفسها، فلا يعود هناك محل للنظر فى حسن توزيع الثروة أو سوء توزيعها ، وواضح ان حق الملكية لا يمس من عدالته ان يكون توزيع الثروة غير عادل ، فاذا ما كان توزيع الثروة غير عادل وجب عندئذ اصلاح نظام توزيع الثروة دون المساس بحق الملكية .

وعند النظر فى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية . يحسن التمييز بين مناطق ثلاث : منطقة الاستهلاك ، ومنطقة الخدمات العامة ، ومنطقة الانتاج .

ففى منطقة الاستهلاك تكاد الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تختفى ، وتكاد ملكية الاستهلاك تتمحض حقا ذاتيا ليس للمجتمع ولا للدولة شأن به ، والشأن كل الشأن هو للمالك المستهلك .

= فيه ويسمى فى فرنسا « «pas de porte» وهو عمل معاقب عليه جنائيا فى فرنسا وفى مصر ، ولكنه مع ذلك ، فى فرنسا وفى مصر ، واسع الشيوع فى فى التعامل ، انظر فى فرنسا مازو فقرة ١٣٠٣ ص ١٠٦٣ .

أما فى منطقة الخدمات العامة ، كالتعليم والصحة والمرافق العامة، فالأمر على النقيض من ذلك • والملكية فى هذه المنطقة تتميز بطابعها الاجتماعى ، وتبرز الوظيفة الاجتماعية لملكية الخدمات العامة كل البروز، ويكون للدولة فيها الشأن الاكبر ، وللتأميم المجال الأوسع •

بقيت منطقة الانتاج ، وهذه هى المنطقة التى يطول فيها النقاش والجدل ، ومهما يكن من اختلاف الرأى فى هذه المسألة الشائكة ، فلابد من التسليم أن حق الملكية فى منطقة الانتاج لها وظيفة اجتماعية بارزة ، بل ان الوظيفة الاجتماعية ترجح الصبغة الذاتية فى ملكية الانتاج • واذا وجب أن يكون للنشاط الفردى فى الانتاج دور هام ، فان لنشاط الدولة دورا رئيسيا كذلك •

ونتعقب هذه المناطق الثلاث ، فنقول كلمة فى منطقتى الاستهلاك والخدمات العامة وهما طرفا نقيض كما قدمنا ، ثم نعرض لمنطقة الانتاج •

١ — منطقة الاستهلاك ومنطقة الخدمات العامة

٣٤٥ — منطقة الاستهلاك :

قدمنا أن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، فى منطقة الاستهلاك لاتكاد تظهر • وتشمل هذه المنطقة جميع الأموال المملوكة للشخص للوفاء بحاجاته الخاصة • ويدخل فى ذلك نفقات المعيشة ، وما يحتاج اليه الفرد من مأكل ومشرب ، وكسوة وملبس ، وبيت السكنى ، والأثاث والمنقولات الأخرى التى يستخدمها لاستعماله الخاص ، وما يكسبه بعمله من دخل، وما يديره بحسن تبصره من ادخار ، والملكية هنا هى حق ذاتى ، لايكاد يكون للوظيفة الاجتماعية شأن بها ، ومن حق مالك هذه الأشياء أن يستأثر بها ، وأن يمنع عنها الاعتداء من أى جانب ، جانب الأفراد أو جانب الدولة • وله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات ، وأن يستهلكها على الوجه الذى يريد ، فان الغرض من هذه الأموال هو الاستهلاك ، وتنتقل منه بعد الموت الى ورثته •

وهذه الحقائق مسلم بها من الجميع ، لايكاد يخالف فيها أحـد . وتقرها أشد المذاهب الاشتراكية تطرفا ، ويدخل فى ذلك المذهب الشيوعى نفسه ، ويسميها بالملكية الشخصية (propriété personnelle) . فقد نصت المادة العاشرة من دستور الاتحاد السوفيتى الصادر فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٦ على ما يأتى : « حق الملكية الشخصية للمواطنين ، فى دخلهم وادخارهم ، وفى منزل السكنى وما يتبعه من اقتصاد منزلى ، وفى الاشياء التى تفى بالحاجات المنزلية ، وفى الاشياء المخصصة للاستهلاك وللحاجات الشخصية ، وكذلك الحق فى انتقال الملكية الشخصية للمواطنين عن طريق الميراث ، كل هذا يحميه لقانون (١) .

٣٤٦ — منطقة الخدمات العامة :

والملكية فى هذه المنطقة تتميز بأنها ليست ملكية استهلاك واستعمال شخصى كما هو الأمر فى منطقة الاستهلاك ، وليست ملكية استغلال كما هو الأمر فى منطقة الانتاج . بل هى ملكية أعدت لتوزيع الخدمات العامـة على افراد الشعب ، فلا يستأثر بها فرد دون آخر . ويدخل فى هـذه المنطقة الصحة العامة ، والتعليم ونشر الثقافة ، والتأمينات الاجتماعيـة بمختلف أنواعها من تأمين من العجز والمرض والشيخوخة ، الى تأمين من البطالة ، الى تأمين من الاصابات ، وما الى ذلك من أنـواع التأمين. كما يدخل فيها المرافق العامة من ماء ونور وغاز وطرق مواصلات وغـير ذلـك .

وتنظيم الخدمات العامة وتوزيعها على الأفراد يحسن أن يكون على أساس محلى لا على أساس مركزى ، فيتولى كل اقليم الوفاء بحاجات سكانه ، وهو أبصر بها وأقدر على تنظيمها .

---

(١) David et Hazard فى القانون السوفيتى سنة ١٩٥٤ جزء ٢ ص ٥ وما بعدها — Arminjon, Baron Nolde et M. Wolff فى القانون المقارن جزء ٣ سنة ١٩٥٢ فقرة ٨٩٦ وفقرة ٩١٨ — انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفـظ Propiété فقرة ٣ .

وانظر مارتى ورينو فقرة ٣٧ ص ٤٤ .

والملكية التي تكفل هذه الخدمات ، على خلاف ملكية الاستهلاك ، وظيفتها الاجتماعية بارزة بروزا واضحا كما سبق القول . بل انه يحسن أن تتولى الدولة والأشخاص العامة الاقليمية أداء هذه الخدمات ، ويحل نشاطها في هذه المنطقة محل النشاط الفردي . ذلك أن النشاط الفردي لابد له من حافز ، وخير حافز له هو الربح المادى . وأكثر الخدمات العامة ، اذا توخى القائمون بها حسن أدائها وعدالة توزيعها ، لا تدر ربحا بل تعود على موزعها بالخسارة . فتعليم أفراد الشعب نفقاته باهظة ، دع أنه من المرغوب فيه أن يكون التعليم مجانيا ، فمن حق جميع أفراد الشعب ، الأغنياء والفقراء على السواء ، أن يتعلموا وأن يصلوا في التعليم الى أقصى مرحلة يستطيع أن يبلغها الفرد بمواهبة العقلية . وكذلك الخدمات الصحية العامة والمستشفيات يجب أن تكون في متناول أفراد الشعب : مجانا أو بأجر زهيد . وهذا هو أيضا شأن التأمينات الاجتماعية والمرافق العامة . يجب أن تؤدى لجميع أفراد الشعب بأقل ما يمكن من النفقات ومن أجل ذلك يكون من المرغوب فيه أن يحل محل النشاط الفردي في منطقة الخدمات العامة نشاط الدولة . فهي وحدها القادرة على بذل النشاط اللازم دون سعى وراء الكسب .

وقد يكون هناك مجال محدود للنشاط الفردي ، في منطقة الخدمات العامة ، الى جانب نشاط الدولة . فقد تؤسس مستشفيات ومدارس خاصة ، الى جانب مستشفيات الدولة ومدارسها ، ولكن الملكية في حدود هذا النشاط الفردي تكاد تكون وظيفة اجتماعية محضة . ويجب أن تبسط الدولة رقابتها على هذا النشاط حتى لايكون الربح المادى هو رائده الأول ، بل يحسن أن يكون القائم بهذا النشاط جمعيات وهيئات خيرية تكرس جهودها لخدمة المجتمع .

٢ — منطقة الانتاج

٣٤٧ — الانتاج يسوده بوجه عام النشاط الفردي :

وفي منطقة الانتاج يحتدم الخلاف بين المذاهب الاشتراكية والمذاهب

الفردية ، ففى المذاهب الاشتراكية يجب أن تكون وسائل الانتاج جميعها ملكا للدولة ، ويحل فى منطقة الانتاج نشاط الدولة محل النشاط الفردى •

ولما كان الانتاج خاضعا لقوانين اقتصادية صادقة لايمكن الافلات منها ، فليس بمجد اغفال هذه القوانين • ومن أهمها أن يكون للانتاج حافز من الربح المادى ، ولا يتوافر ذلك الا للنشاط الفردى •

لاشك فى أن لنشاط الدولة مجالا واسعا للعمل فى منطقة الانتـاج ، ولكن هذا المجال انما يكون فى الميادين التى لا يستطيع النشاط الفردى أن يقوم بأعبائها على وجه مرضى • فكثير من الصناعات الناشئة ، وبخاصة الصناعات الثقيلة ، وكثير من المشروعات التى لابد منها لقيام الاقتصـاد القومى على أسس سليمة وهى غير مجزية اقتصاديا ، ويرجح فيها نشاط الدولة على النشاط الفردى ، ومن الخير أن يحل فيها القطاع العام محل القطاع الخاص • ولكن يجب السير بحذر وتبصر فى تأميم هذه المشروعات، فلا يمتد التأميم الى المشروعات التى نجحت واستقرت بفضل النشاط الفـــردى •

والزراعة هى أوسع المجالات وأفسح الميادين للنشاط الفردى ، وقد دلت التجارب على أن النشاط الفردى فى الزراعة يرجح كثيرا نشــاط الدولة • ولا شأن لنا هنا بحسن توزيع الأرض على العاملين فيها ، فهذه مسألة عدالة اجتماعية وليست مسألة اقتصادية • والمشرع كفيل بســن القوانين التى تكفل هذه العدالة ، فيعين حدا أقصى للملكية الزراعية على الوجه الذى يراه عادلا ، ولكن ذلك لايمنع من أن يكون النشاط الفــردى فى الزراعة ، فى أى نظام يختاره المشرع لتوزيع الأرض ، هو العامـــل الرئيسى فى قيام الزراعة على أسس اقتصادية سليمة •

والصناعة كذلك مجال واسع للنشاط الفردى ، وقد يختلط بالنشاط الفردى هنا نشاط الدولة على الوجه الذى بيناه •

والتجارة ، وهى الوسيلة لايصال السلعة من المنتج الى المستهلك ، فى أشد الحاجة الى التنظيم ، ولابد لها من حافز هو حافز الربح المادى •

ولذلك يجب أن يسود فيها النشاط الفردى بوجه عام • وقد يكمله فى بعض النواحى نشاط الدولة •

٣٤٨ — مظاهر الوظيفة الاجتماعية للملكية فى منطقة الانتاج :

ومهما يقم من خلاف فى ضرورة النشاط الفردى فى منطقة الانتاج، فمن المسلم به أن الملكية الفردية فى هذه المنطقة لها وظيفة اجتماعية بارزة، معلومة فى ملكية الانتاج ، ينفق منها على الخدمات العامة • وهذه فالمنتج المالك يجب أن يعتبر ملكيته وسيلة . لا لخدمة منفعته الشخصية فحسب ، بل هى أيضا وسيلة لخدمة المجتمع . والمجتمع شريك له فى هذه الملكية ، والدولة هى التى تمثل المجتمع . فهى الشريكة فى ملكية الانتاج •

وتتمثل هذه الشركة بوجه خاص فى امرين : (الأمر الاول) أن يكون للدولة حق التوجيه والرقابة على النشاط الفردى فى منطقة الانتاج ، فجودة الانتاج ، وحسن خدمته للاقتصاد القومى ، وتجنب الاستغلال وهو آفة الانتاج الفردى . كل هذا لابد له من رقيب ، وخير رقيب هو الدولة • للدولة حق التخطيط للنشاط الفردى ، وقد تلجأ فى بعض الحالات الى التأميم اذا اقتضى ذلك حسن نظام الاقتصادى القومى ، بشرط التعويض العادل مقدما لمن تنزع ملكيته • (والأمر الثانى) أن يكون للمجتمع حصة معلومة فى ملكية الانتاج . ينفق منها على الخدمات العامة، وهذه الحصة هى الضرائب المختلفة التى تتقاضاها الدولة من المنتجين والعاملين . على ان يكون الممول ممثلا تمثيلا صحيحا فى حكومة ديمقراطية•

٣٤٩ — العدالة الاجتماعية فى التوزيع بين رأس المال والعمل — الملكية الفردية وملكية المشروع :

ويجب أن يقوم البناء الاقتصادى على أساس من العدالة فى التوزيع• فالمشروع الانتاجى ليس ملكا خالصا لصاحبه ، بل يشترك معه فيه العاملون فى المشروع • ويجب توزيع الربح بنسبة عادلة بين المالك والعاملين ، وهذا مايسمى بملكية المشروع ، ويقابله الملكية الفردية •

فصاحب المصنع مثلا هو صاحب رأس المال ، وفى الوقت ذاته هو الذى يدير المشروع • وأرباح المصنع يجب أن توزع توزيعا عادلا بين

رأس المال والعمل ، فيقتاضى صاحب المصنع من الأرباح حصة تمثل فوائد رأس المال • أما بقية الأرباح فيجب توزيعها بينه وبين سائر العاملين فى المشروع ، كل بقدر أهمية عمله • ومن ثم يكون للعاملين فى المشروع حصة فى ارباح المصنع توزع عليهم توزيعا عادلا ، وهذا الى جانب الأجور التى يتقاضونها • ذلك لأنهم ساهموا فى الانتاج وفى تسيير المشروع ، ولأن الأرباح قد نتجت لا عن رأس المال فحسب ، بل أيضا عن العمل ، فهى أرباح . لا لملكية رأس المال ، بل لملكية المشروع (١) •

---

(١) انظر فى ملكية المشروع : Rouast فى تطور حق الملكية ، ضمن دراسات جماعة هنرى كابيتان جزء اول سنة ١٩٤٥ ص ٤٥ وما بعدها — جزء ٢ سنة ١٩٤٦ ص ١١٨ — ص ١١٩ — Durand فى الفكرة القانونية للمشروع ضمن دراسات جماعة هنرى كابيتان جزء ٣ سنة ١٩٤٧ ص ٤٥ — Durand et Jaussaud فى قانون العمل جزء اول سنة ١٩٤٧ فقرة ٣٣٥ومابعدها Saint-Alary فى الفكرة القانونية للمشروع الزراعى فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٠ ص ١٢٠ وما بعدها — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٦١ — كاربونييه ص ٨٨ Nerson فى انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Propriété فقرة ٣ ص ٢٨١ •

الفصل الثاني

نطاق حق الملكية ووسائل حمايته

الفرع الأول

نطاق حق الملكية

٣٥٠ — مدى حق الملكية :

يملك المالك الشيء أصلا وفرعا . يملكه أصلا ، فتتناول الملكية الشيء ذاته أي عناصره الجوهرية ، فاذا كان الشيء أرضا شملت الملكية سطح الأرض وما فوقها وما تحتها . ويملكه فرعا ، فتتناول الملكية ما يلحق بالشيء وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات .

المبحث الأول

شمول الملكية الشيء ذاته — الأرض وما فوقها وما تحتها

٣٥١ — نص قانوني :

تنص المادة ٨٠٣ مدني على مايأتي :

« ١ — مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية ، بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير » .

« ٢ — وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، الى الحد المفيد في التمتع بها علوا أو عمقا » .

« ٣ — ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها (١) » .

---

(١) **تاريخ النص :**

ورد هذا النص في المادة ١١٦٣ من المشروع التمهيدي على —

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كانت معمولا بها دون نص (١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخـرى : فى التقنين المدنى الســورى م ٧٦٩ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨١٢ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٤٩ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٣ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨١٢ — وفى التقنين المــدنى الأردنى المادة ١٠١٩ (٢) .

= الوجه الآتى : « ١ — من يملك الشىء يملك كل ما يعد بحكم العرف من عناصره الجوهرية . بحيث لايمكن فصله عنه دون ان يهلك او يتغير . ٢ — ملكية الارض تشمل مافوقها وما تحتها الى الحد الذى يصلح للاستعمال علوا او عمقا . غير أنه ليس للمالك ان يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو او العمق بحيث لاتكون له اية مصلحة فى منعه . ٣ — يجوز بناء على نص القانون او الاتفاق ان تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها» وفى لجنة المراجعة أجريت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٨٧١ فى المشروع النهائى ، وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهى « غير انه ليس للمالك ان يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لاتكون له أية مصلحة فى منعه » ، وذلك « لان هذا الايضاح لا ضرورة له وهو مفهوم من صدر الفقرة » . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل ، وأصبح رقم المادة ٨٧٠ وفى لجنة مجلس الشيوخ حذف من الفقرة الأولى عبارة « بحكم العرف » لأن العرف ليس هــو المرجع الأول فى تحديد العناصر الجوهرية ، بل يرجع فى ذلك اولا الى طبيعــة الأشياء ثم الى العرف بعد ذلك . وقد اصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، واصبح رقمه ٨٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦ — ص ١٩) .

(١) نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٣ ص ٢١٦ — بنى مزار ٢٥ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٤٥٠ ص ٩٢١ .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٦٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٢ (مطابق — فيما عدا ان الفقرة الثانية تنتهى بالعبارة الآتية : « وذلك دون الاخلال بأحكام القانون الخاص بالمحاجــر والمناجم ») .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٤٩ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٣ : تشمل ملكية الأرض ملكية مافوق السطح وما تحته ، وعليه فان لمالك الأرض ان يغرس فيها ما يشاء من الأغراس وان يبنى ما يشاء من الأبنية ، وان يجرى فيها حفريات الى اى عمق شاء ، =

ويتبين من النص المتقدم الذكر أن مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية • وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : « فالشيء المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع أجزائـــه المكونة له . والجزئية آيتها أن يكون الجزء مندمجا في الكل ، بحيث لو فصل منه لهلك الشيء أو تلف أو تغير » (١) • فاذا كان الشيء منقولا سهل التعرف على ذاتيته وأجزائه ، فالسيارة أو الكتاب مثلا يمكن نقله من مكان الى آخر . وينتقل بطبيعة الحال بجميع أجزائه ، ومن ثم يمكن تحديد هذه الأجزاء (٢) • أما اذا كان عقارا (٣) ، فان كان بناء فان تماسك أجزاء البناء تحصر هذه الأجزاء • بقي ما اذا كان العقـــار أرضـــا . وملكية الارض — كما تقول المادة ٢/٨٠٣ مدني سالفة الذكر — تشمل ما فوقها وما تحتها ، أي الأرض علوا وعمقا • وقد يوجد في باطن الأرض (أي العمق) مناجم أو محاجر تحوي مواد معدنية أو خامات ، وهذه لا تكون مملوكة لصاحب الأرض بل هي ملك الدولة ، ولها أحكام خاصـــة تكفل ببيانها قانون المناجم والمحاجر •

= وان يستخرج من هذه الحفريات كل ما يمكن أن تنتجه ، ضمن التقيدات الناتجة عن القوانين والأنظمة . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكـــام التقنين المصري — انظر في نطاق حق الملكية في القانون اللبناني : حسن كيرة في الحقوق العينية الأصـــلية والقانون المدني اللبناني المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ٨٩ — ٩٨) .

التقنين المدني الكويتي : م ٨١٢ ملكية الأرض تشمل ماتحتها وما فوقها الى الحد المفيد في التمتع بها وفقا للمألوف ، مالم يوجد نص أو تصرف أو تصرف قانوني يخالف ذلك •

(وأحكام التقنين الكويتي تتفق مع احكام التقنين المصري) •

التقنين المدني الأردني م ١٠١٩ : مالك الشيء يملك كل مايعد من عناصره الجوهرية بحيث لايمكن فصله عنه دون ان يهلك او يتلف او يتغير : — وكل من ملك ارضا ملك ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا الا اذا نص القانون او تقضي الاتفاق بغير ذلك •

(وأحكام التقنين الأردني تتفق مع أحكام التقنين المصري) •

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ •

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٠ •

(٣) أنظر فيما يعتبر اجزاء من العقار (اي عناصره الجوهرية) ، ارضا كان أو نباتا أو مباني أو منشآت : آنفا فقرة ٩ — فقرة ١١ •

فنبحث اذن مسألتين : ١ — الأرض علوا وعمقا • ٢ — المواد المعدنية والخامات فى المناجم والمحاجر •

. . . .

١ — الأرض علوا وعمقا

٣٥٢ — مالك سطح الأرض يعتبر مالكا للعلو والعمق :

الأصل أن من يملك سطح الأرض يعتبر مالكا لما فوقها ((dessus)) أى للعلو ((hanteur))، ولما تحتها ((dessous)) اى للعمق ((profondeur)) • وقد أشـــدت هذا المعنى المــادة ١/٩٢٢ مــدنى اذ تقــوله : « كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ، ويكون مملوكا له » •

ولكن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس • فيجوز أن يقام الدليل ، فى مواجهة صاحب سطح الأرض ، على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى اقامة هذه المنشآت وتملكها (م ٩٢٢ / ٢ مدنى) • وقد تقرر المادة ٣/٨٠٣ مدنى كما رأينا أنه « يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية ســطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها » • وتقول المذكرة الايضــاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد أشار المشروع الى جــواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها ، ويكون ذلك بناء على تشريعات خاصة أو بمقتضى الاتفــاق • ومثل التشريعات الخاصة قانون المناجم يفصل ملكيتها عن ملكية الأرض ••• ويجــــوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلا عن الســـطح نفسه ، ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام • وما حق القرار وحق الحكر وحق التعلى الا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح » (١) • وكما

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ •

يجوز فصل العلو أو العمق عن السطح باتفاق ، يجوز هذا الفصل أيضاً بوصية . أي بارادة منفردة . فالفصل يكون اما بقانون أو بتصرف قانونى . سواء كان التصرف اتفاقاً أو وصية (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه يبين من نص المادة ٩٢٢ من القانون المدنى أن المشروع وضع بالفقرة الأولى منه قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الارض وانه هو الذى انشأه على نفقته فيكون مملوكا له ؛ وهذه القرينة قابلة لاثبات العكس فاجازت الفقرة الثانية للأجنبى ان يقيم الدليل على انه هو الذى أقام هذه المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض فاذا نجح فى اثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق مقابل ان يعوض صاحبها وفقا للاحكام التى أوردها المشرع بهذا الخصوص ، كما يجوز للأخير أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض على أن يتملك الأجنبى المنشآت المقامة من قبل أى تصرف ناقل للملكية . كذلك يستطيع الأجنبى أن يثبت ان هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى اقامة منشآت وتملكها ؛ وفى الحالتين الأخيرتين حيث يوجد اتفاق على مصير المنشآت ، فانه

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن من المقرر قانونا أن كل من ملك ارضا صار مالكا ما فوقها وما تحتها أيضا ، الا اذا ظهر من سند الملكية أنها لا تتضمن كل ذلك (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٣ ص ٢١٦) . وقضت أيضا بأن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، متى كان لا يوجد اتفاق على خلاف ذلك (نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٩٩٠) .

وقضت محكمة النقض الفرنسية ان ما تحت الأرض يجوز ان يكون وحده مستقلا محلا لنزع الملكية للمنفعة العامة (نقض فرنسى أول اغسطس سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ — ١ — ٣٠٥) .

وعلى من يدعى انه يملك العلو أو العمق منفصلا عن السطح عبء اثبات ذلك فى مواجهة مالك السطح (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٣ ص ٢٥٤ — مارتى ورينو فقرة ١٠٤) .

يجب أعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدي بقواعد الالتصاق (١) .

وقد قضت محكمة النقض بان المشرع أقام في الفقرة الاولى من المادة ٩٣٢ من القانون المدني قرينة مفادها ان ما يوجد على الارض او تحتها من بناء أو غراس أو منشآت يعتبر من عمل صاحب الأرض ومملوكه لـه ، واجاز في فقرتها الثانية للأجنبي ان يقيم الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقاته أو أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الارض يخوله اقامه المنشآت وتملكها ، بيدانه اذا كان سند تخويله اقامه المنشآت هـو عقد البيع ، فان ملكيتها لا تنتقل الى المشترى الثاني بمجرد ابرام عقد البيع وانما بشهره ، ذلك أن البيع غـير المشـهر وأن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشترى حيازته والانتفاع به ، الا انه لا يترتب عليه تملك المشترى لما يقيمه على الأرض المبيعه ، لأن حق القرار حق عيني من قبيل الملكية لا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري الا بشهر سنده ، أما قبل ذلك فـان ملكية المنشآت يكون للبائع بحكم الالتصاق ، فاذا باع الأرض لمشـتر ثان سبق الى شهر عقده تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق . ويصبح كل ما للمشترى الأول البانى الذي لم يشهر عقده ـ اذا لم يختر نزع المنشآت بوصفه بانيا حسن النية ـ هو ان يطالب المشترى الثاني بأقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب

---

(١) نقض مدني في ١١ يونيه سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٦٩ صفحة ١١٣٣ .

كما قضت محكمة النقض بأنه يبين من نص المادة ٩٢٢ من القانـون المدني ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ ان المشرع وضع في الفقرة الاولى منه قرينة قانونية تقضي بأن كل مايوجد على الارض أو تحتها من بناء أو غراس او منشآت آخرى يعتبر من عمل صاحب الارض وانه هو الذي انشأه على نفقته فيكون مملوكا له ، غير ان هذه القرينة قابلة لاثبات العكس فاجازت الفقرة الثانية للأجنبي ان يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق في اقامة منشآت وتملكها ، وفي هـذه الحالة يجب اعمال هـذا الاتفاق ويمتنع التحدي بقواعد الالتصاق (نقض مدني في ١٧ يونية سـنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٣٢ صفحة ١٢١٦) .

البنـــــاء (١) .

كما قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٩٢٢ من القـــانون المدنى ــ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمه ــ أن المشرع وضع فى الفقرة الاولى قرينة لصالح الأرض هى أنه مالك لما فوقها وما تحتها وأجــاز فى الفقرة الثانية للاجنبى إن يثبت عكس القرينة فان اثبت أنه أقـــام المنشآت من ماله ، ولكن بغير اتفاق مع المالك على مصيرها تملك المالك هذه المنشآت بالالتصاق مقابل تعويض من اقامها وفقا للاحـــكام التى أوردها المشروع بهذا الخصوص ، فان أثبت انه خول من المالك فى آقامتها وتملكها باتفاق امتنع التحدى عندئذ بقواعد الالتصاق (٢) .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٤ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض الســنة ٣٠ العدد ١ صفحة ٣٥٧ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ كانت ملكية الأرض تشمل ما فوقهــا وما تحتها ، ما لم يثبت غير ذلك . وللمالك الشىء ــ عملا بالمادة ٨٠٤ من القانون المدنى ــ الحق فى كل ثمارة ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك . وكان البين من مدونــات الحكم المطعــون فيه ان الأرض موضــوع النزاع ارض زراعية عليها حظيرة وآلة رى ، وتقدر قيمة آلة الرى بمبلغ ٤٠٠ جنيه وقد اقام المطعون عليه دعواه بطلب تثبيت ملكيته للأرض المذكورة بمــا عليها وكف منازعة الطاعنين له فيها ، وقد تناضل الخصوم فى ذلــك ، فان الحكم المطعون فيه اذ اغفل تقدير قيمة الدعوى بقيمة الأرض وما عليها على النحو سالف البيان فيما يتعلق بنصاب الاستئناف وقدر قيمة الدعوى بقيمة الأرض وحدها دون ما عليها وقضى بعدم جواز الاستئناف ، فان الحكم يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى فى ٢ مارس سنة ١٩٨٣ مجمــوعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ١٣٠ صفحة ٦٢١) .

(٢) نقض مدنى فى ١٣ فبراير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٤٩ صفحة ٥٠٥ .

وقضت محكمة النقض أيضا بأن مفاد المادتين ٩٢٢ و ٩٢٦ من القانون المدنى ان ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ما لم يكن مالك الأرض خول شخص آخر تملك ما يقيمه من منشآت على هذه الأرض ، فتنفصل ملكية المنشـآت المدنى ان ملكية الارض تشمل ما فوقها وما تحتها مالم يكن مالك الارض خول شخص منشآت على ارض غير مملوكة له بترخيص من مالكها دون ان يتفق فى هــذا الترخيص على مصير المنشآت فان صاحب الأرض يتملكها بالالتصـــــــاق ولايكون لمن اقامها ــ مالم يطلب نزعها ــ سوى ان يرجع على المالك باحدى القيمتين المنصوص عليهما فى المادة ٩٢٥ من القانون المدنى ، لما كان ذلك ، يجب

والعكس غير صحيح • فملكية العلو أو العمق لا تقوم قرينة على ملكية السطح ، فمالك العلو أو العمق ، اذا ادعى ملكية السطح ، عليه هو أن يثبت ذلك (١) •

٣٥٣ — العلو :

وملكية العلو هى التى تسمح لصاحب السطح أن يقيم فوق الأرض منشآت أو يغرس فيها أو يزرعها ، كذلك تمكن له من النور والهواء (٢)• وللمالك أن يمنع الغير من الاعتداء على علوه ، فاذا امتد الشجر أو الزرع فى الأرض المجاورة ، وتفرعت أغصانه حتى احتلت حيزا من العلو المجاور ، كان لمالك هذا العلو أن يطلب من جاره قطع ما امتد من الشجر أو الزرع الى علوه • وليس لصاحب الشجر أو الزرع أن يمتنع عن ذلك بدعوى أن هذا الامتداد لم يحدث ضررا للجار ، فمجرد الامتداد الى العلو يكون ضررا كافيا (٣) • كذلك اذا صاد الجار وهو فى أرضه طيرا

= وكان الطاعن قد أقام دعواه بطلب ملكية البناء استنادا الى مجرد تصريح مالكه الأرض له باقامته دون الادعاء بحصول اتفاق على تملكه له : فان الحكم المطعون فيه اذ انتهى الى عدم ملكية الطاعن لهذا البناء فانه يكون قد أصاب صحيح القانون (نقض مدنى فى ١٨ فبراير سنة ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ رقم ٤٧ صفحة ٢٦١ — ونقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ رقم ١٠٦ صفحة ٤٨٢) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٧ — بودرى وشوفو فقرة ٢٣١ ص ٢٣٥ — ص ٢٣٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٣ ص ٢٥٤ — نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ — ٢ — ٩٨ .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « وتكون طبقة الهواء وهى فوق السطح مملوكة لصاحب الأرض بالقدر الذى يمكن به تملك الهواء : وكذلك حق التعلى وهو حق البناء فوق الأرض طبقات بعضها فوق بعض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧) . وللمالك ان يعلو بالبناء العدد الذى يشاء من الطبقات ، فى حدود القوانين واللوائح الخاصة بالبناء .

(٣) وقد قضى بأنه يسوغ للمالك الذى تمتد على أرضه اشجار جاره أن يلزم ذلك الجار بتقليم فروع هذه الأشجار التى تحجب عن ارضه الشمس فتسبب ضررا لمزراعته . واذا كان الضرر ناشئا عن امتداد جذور تلك الأشجار فى أرضه ، فله أن يقطع تلك الجذور الممتدة بأرضه دون التجاء الى الجار . اما طلب ازالة الأشجار فغير ممكن ، لأنه يحرم المالك من حرية التصرف فى ملكه بما يريد ، الأمر الذى يتنافى مع حق الملك (طنطا الكلية ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٠٤ ص ٤٣٥) .

فى أرض جاره ، كان هذا اعتداء على علو الجار (١) .

ولا يفهم من ذلك أنه لا يوجد حد لملكية العلو ، فقد صرحت المادة ٨٠٣/٢ مدنى كما رأينا بأن « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد فى التمتع بها علوا وعمقا » . وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد الذى يصلح للاستعمال علوا أو عمقا . غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه » . وقد حذفت اللجنة التشريعية لمجلس النواب العبارة الأخيرة « غير أنه ليس للمالك أن يعارض ... » ، وذلك « لأن هذا الايضاح لا ضرورة له ، وهو مفهوم من صدر الفقرة » (٢) . وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على أن المادة ١١٦٣ (من المشروع التمهيدى) أوردت قيدا على حق المالك فى العلو والعمق ، فليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه . فاذا اضطرت مصلحة التلغرافات الى ايصال أسلاكها فوق سطح الأرض أو شركة المياه الى ايصال أنابيبها تحت السطح ، على مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض ، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال ، والا كان المنع تعسفا فى استعمال حق الملكية » (٣) .

ويستخلص من ذلك أمران بالغا الأهمية من الناحية العملية :

(الأمر الأول) لا يجوز للمالك أن يمنع مرور الأسلاك الكهربائية أو التلغرافية أو التليفونية فوق أرضه ، اذا كان مرور هذه الأسلاك

---

(١) نقض فرنسى جنائى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٧ جازيت دى باليه ١٩٥٨ — ١ — ٩٩ — مازو فقرة ١٣٥٨ — واذا أعلى الجار حائطه بحيث أصبح الجزء المعلى مائلا يشغل جزءا من علو جاره ، كان هذا اعتداء يبرر ازالة الجزء المائل من الحائط (نقض فرنسى ١٥ يوليه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ٥٢ — بودرى وشوفو فقرة ٣٣١ ص ٢٣٥) .

(٢) انظر آنفا ص ٥٦٨ هامش ١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

لا يحدث له ضررا . وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بانشاء الخطوط الكهربائية وحمايتها ، تأكيدا لهذا الحكم، على أن « كل مالك لعقار أو واضع اليد عليه ملزم بأن يتحمل فوق العقار اذا كان مبنيا ، وفوقه أو تحته اذا كان أرضـا ، مرور الأسـلاك المعدة للمواصلات التلغرافية أو التليفونية أو المعدة للاضاءة أو لنقل القوى الكهربائية ، سواء كانت هذه الأسلاك مملوكة للدولة أو لاحدى السلطات العامة أو لصاحب التزام باستغلال مرفق عام مرخص له بذلك قانونا . وهو كذلك ملزم بأن يقبل تنفيذ جميع الأعمال اللازمة لوضـع هـذه الأسلاك أو لصيانتها . واذا كان بالأرض بناء ، فلا يجوز وضع الأسلاك الا فى خارج الحوائط أو الواجهات أو فوق الأسقف أو الأسطح ، وبكيفية يمكن معها الوصول اليها من الخارج أو بطريق السلم دون اختراق أجزاء العقار المخصصة للسكنى ، وبطريقة لا تعرض سلامة الغير للخطر » . وجاء فى المادة ٢ من نفس القانون أنه « اذا لم يقبل المالك كتابة وضع الأسلاك ، لم يجز وضعها الا بمقتضى قرار يصدر من الوزير المختص . ويتضمن هذا القرار وصف الأعمال التى يراد اجراؤها ، وبيانا تفصيليا عن كل أرض أو بناء يراد تنفيذ الأعمال فيه » .

(والأمر الثانى) لا يجوز للمالك أن يمنع تحليق الطـائرات فى أثناء طيرانها فوق أرضه ، فهى تحلق على مسافة من العلو بحيث لا تحدث له ضررا ، وصوت أزيزها وهى طائرة فى الجو لا يعتبر ضررا كافيا لطلب منعها ، والا تعطلت الملاحة الجوية . ولما كان الفضاء الجوى تحت سيادة الدولة ، فقد صدر المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٥ بشأن الملاحة الجوية ينص فى المادة الأولى منه على أن « للدولة كامل السيادة المطلقة على الفضاء الجوى الذى يعلو أراضيها . وتشمل كلمـة (أراضى) المياه الاقليمية » . وتنص المادة الثانية على أن « تنظم الملاحة الجوية بمراسيم » . وصدر فى يوم صدور هذا القانون (٢٣ مايو سنة ١٩٣٥) مرسوم بتنظيم الملاحة الجوية ، وهو يقضى بأنه لا يجوز لأية طائرة أن تطير فوق الأراضى المصرية أو أن تهبط عليها دون أن تحصل مقدما

على ترخيص بذلك من وزير المواصلات ، وتشمل كلمة « طائرة » كل البالونات المقيدة أو الطليقة والمناطيد والطيارات والمطيرات والمحلقات، وكذلك جميع الأجهزة التى تستطيع أن ترتفع أو تسير فى الهواء (١) .

ولا يجوز للمالك أن يقيم فى أرضه أسلاكا أو منشآت أخرى يتعمدا بذلك الاضرار بالملاحة الجوية ، والا كان هذا تعسفا فى استعمال حــق الملكيــة (٢) .

٣٥٤ ــ العمق :

وملكية العمق تسمح للمالك أن يحفر فى أرضه حتى يضع أســاس البناء الذى يقيمه فوق الأرض ، وأن تمتد جذور أشجاره ، ومغروساته

---

(١) وذهب بعض الفقهاء الى تقســيم الفضاء الجوى اقساما ثلاثة : القسم الأول وهو اقرب الأقســـام الى الأرض ويكون مملوكا ملكية خاصة لصاحب الأرض ، والقسم الثانى وهو الذى يلى القسم الأول ويكون خاضعا لسيادة الدولة ، والقسم الثالث وهو الذى يعلو القسم الثانى ويكون حرا لا يخضع لا لملكية خاصة ولا لسيادة الدولة Marignhac فى مجلة القانون الدولى العام سنة ١٩١٤ ص ٢٠٥ ــ Fricotelle رســالة من باريس ــ عكس ذلك Hamel فى حوليات القانون التجارى سنة ١٩٢٥ ص ٨) . ويصعب التسليم بهذا التقسيم ، اذ أن حدود كل قسم وأين تنتهى فى الجو لا يمكن تبينها بالوضوح الذى نتبينه فى التقسيم المماثل بالنسبة الى البحر . وقد صدر فى فرنسا قانون ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ ينظم الملاحة الجوية ، وقد اصبح هذا القانون بعد ذلك فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ تقنينا للملاحة الجوية المدنية والتجارية . ويطلق القانون حرية الملاحة فى الجو وتحليق الطائرات فوق اراضى الأفراد ، بشرط الا يكون ذلك من شأنه تعطيل استعمال حــق الملكية . ويمكن القول بأن هناك حق ارتفاق على اراضى الأفراد بموجبه يكون للطائرات حق التحليق فوق هذه الأراضى Juglart فى القانون الجوى فقــرة ١٥٣ وما بعدها ــ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٢) ، وان كان حــق الارتفاق يكون عقار لمصــلحة عقــار آخر . ويجب أن يكــون التحليق فوق أراضى الأفراد بطريقة لا ينجم عنها خطر . وفى مصر تنص المــادة ٢٤ من القرار الوزارى رقم ١٥ لسنة ١٩٤٢ الصادر من وزير الحربية على أنه « لا يجــوز لأية طائرة أن تطير طيرانا منخفضــا بطريقة ينجم عنهــا خطر للأشخاص أو للحيوان أو للممتلكات ، او ينجم عنها ذعر للانسان او ذعر او نفور للحيوان أو الطيور فى المناطق المقررة للصيد » .

(٢) أنظر مازو فقرة ١٣٦٠ ــ وانظر فى التشريعات الفرنسية المختلفة التى تفرض قيودا على ملاك الأراضى من نواح متعددة مارتى ورينو فقــرة ١٠١ ص ١٢٧ .

وزراعته الى الأعماق التى تتطلبها، وله أن يقوم بحفريات فى أرضه (١). وأن يحفر سراديب تحت الأرض كما يشاء ومن حقه أن يمنع اعتداء الغير على باطن أرضه ، فاذا وجد غرس الجار قد امتد الى باطن أرضه كان له أن يطلب من القضاء قطع الجذور الممتدة (٢) .

وهناك رأى يذهب الى أنه يترتب على أن العمق مملوك لصاحب الأرض أن الكنز المدفون أو المخبوء تحت الارض يكون ملكا له ، وقد نصت المادة ٨٧٢ مدنى فى هذا الصدد على أن « ١ ـ الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته . ٢ ـ والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته » ، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتكون الكنوز .. وهى تحت السطح مملوكة كذلك لصاحب الأرض ، وتأسيسا على هذا المبدأ أورد المشروع نصين يقرر فى أولهما .. أن الكنز المدفون أو المخبوء الذى لايستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار أو لمالك رقبته » (٣) .

---

(١) الحفريات الأثرية نظمها القانون كما سنرى .

(٢) وفى فرنسا تقضى المادة ٦٧٣/١ و ٢ مدنى فرنسى بأن يكون للجار أن يقطع بنفسه الجذور الممتدة الى باطن أرضه ، وهذا بخلاف ما اذا كانت اغصان الأشجار قد امتدت الى علو الجار فلا يكون للجار فى هذه الحالة قطع هذه الأغصان بنفسه بل يجب عليه أن يلجأ الى القضاء فى ذلك . والسبب فى هذا التمييز ، على ما يظهر ، أن الجار يكون عرضة ، فى حالة امتداد الجذور الى باطن ارضه ، لأن يقطعها وهو يحفر فى ارضه دون ان يدرى ، فأراد المشرع الفرنسى أن يجنب الجار المسئولية دون ان يكلفه باثبات عدم علمه (كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٦٦ ص ٧٧٦) . ولا محل لهذا التمييز فى مصر اذ لا يوجد نص يقابل المادة ٦٧٣/١ و ٢ مدنى فرنسى ، ففى الحالتين للجار ان يطالب بقطع الشجر ولا يقوم بقطعه بنفسه حتى لو امتدت الجذور الى باطن الأرض ، الا اذا كان ذلك دون قصد (شفيق شحاتة فقرة ٧٤ ص ٩٩ ـ حسن كيرة ص ١٨٧ هامش ١ ـ ومع ذلك انظر طنطا الكلية ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٠٤ ص ٤٣٥ ، آنفا ص ٥٧٢ هامش ٢) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ ـ ص ١٨ ـ والصحيح ان ملكية الكنز تكون لصاحب الأرض بحكم القانون وحده ، كما سيجىء عند الكلام فى الاستيلاء فى الجزء التاسع من الوسيط .

ولا يفهم هنا أيضا أنه لايوجد حد لملكية العمق ، فالمالك له هــذه الملكية الى الحد المفيد فى التمتع بها ، وليس له أن يعارض فيما يقــام من عمل على مسافة من العمق بحيث لا تكون له أية مصــلحة فى منعه ، فاذا اضطرت مصلحة المياه الى ايصال أنابيبها تحت السطح على مسافة من العمق لا تضر بصاحب الأرض ، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمــال ، والا كان المنع تعسفا فى استعمال حق الملكية (١) •

وأهم قيد يرد على ملكية العمق هو القيد المستخلص من قــانون المناجم والمحاجر ، وهو قانون يجعل المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر فى باطن الأرض ملكا للدولة ، لا لصاحب الأرض •

٢ — المواد المعدنية والخامات فى المناجم والمحاجر

٣٥٥ — قانون المناجم والمحاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ :

أول قانون صدر فى مصر فى شأن المناجم والمحاجر كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ • ثم صدر القانون رقم ٦٦ لسنة لسنة ١٩٥٣ فى ١٩ فبراير ســنة ١٩٥٣ يلغى القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ ويحل محله ، وأدخل بعد ذلك تعديل شامل على أحكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ ، فصدر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ يلغيه ويحل محله ، فيما عدا مــواد الوقود فقد فصلت عن المواد الخاصة بالمناجم ، والمحاجر وبقيت أحكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ سارية بالنسبة الى مواد الوقود وحدها ، واستثنيت الأملاح التبخرية من تطبيق أحكام القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ، اذ أن هذه الأملاح لا تعتبر من مواد الثروة المعدنيــة لدخــول عنصر الصناعة فيها ، وهذا ما تضمنه فعلا القانون رقم ٤٥٦ لسنة ١٩٥٤ (٢) •

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ •

(٢) وقد قضت محكمة القضاء الادارى بأنه يبين من استعراض نصوص أحكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ وعلى الاخص المادة الاولى قبل تعديلها بالقانون رقم ٤٥٦ لسنة ١٩٥٤ والمادتين ١٤ و ٢١ منه ، أن احكامه تسرى على =

فالقانون المعمول به الآن فى شأن المناجم والمحاجر هو القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ، وقد نشر فى الوقائع المصرية فى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ وعمل به من هذا التاريخ ؛ وسنبين فى ايجاز أحكام هذا القانون فيما يتعلق بحقوق الدولة وحقوق مالك الأرض فى المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر .

٣٥٦ — المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر تعتبر من أموال الدولة :

لما كانت المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر توجد فى باطن الأرض ، فقد كانت قبل صدور التشريعات المشار اليها ملكا لصاحب الأرض . ولكن لما كانت هذه المواد تعتبر من دعائم الثروة التى يقوم عليها الاقتصاد القومى فى البلاد ، فقد وجب تنظيمها بتشريعات خاصة توفق بقدر الامكان ما بين حقوق مالك الأرض ومراعاة جانب الاقتصاد القومى . واستغلال المناجم والمحاجر ليس من الأمور الهينة ، ولا يستطيعه مالك الأرض منعزلا ، بل لا يستطيعه ملاك الأراضى المتلاصقة اذا نقصتهم رؤوس الأموال الضخمة التى يقتضيها هذا الاستغلال والخبرة الفنية العالية التى لا تتوافر عادة الا لدى الشركات القوية المتخصصة .

لذلك كان من أهم نصوص قانون المناجم والمحاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ النص الذى يقضى باعتبار المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر

= الأملاح التبخرية ومنها ملح الطعام والتطرون ولم يستثن القانون من سريان أحكامه المواد التى تحتاج فى استخراجها الى مجهودات صناعية ما دام ينطبق عليها الضوابط الواردة فى المادة الأولى . أما تعديل المادة الأولى من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ بالقانون رقم ٤٥٦ لسنة ١٩٥٤ والذى بمقتضاه اخرجت الأملاح التبخرية التى تستخرج من الملاحات بطريق التبخر . فلا يعتبر تفسيرا تشريعيا للمادة ، وانما هو حكم جديد يسرى من تاريخ نفاذ هذا التعديل اى من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية فى ٢٦ من اغسطس سنة ١٩٥٤ (قضاء ادارى فى ٣١ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى السنة ٩ صفحة ٢٧٢) .

ملكا للدولة ، فنزع بذلك عن أصحاب الاراضى التى يوجد فى باطنها هذه المواد ملكيتهم اياها • اذ نصت المادة ٣ من قانون المناجم والمحاجر على أن « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم فى الأراضى المصريه والمياه الاقليمية ، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحاجر عدا مواد البناء — الأحجار الجيرية والرملية والرمال — التى توجد فى المحاجر التى تثبت ملكيتها للغير » (١) •

والمواد المعدنية هى « المعادن وخاماتها ، والعناصر الكيماوية والأحجار الكريمة وما فى حكمها ، والصخور والطبقات والرواسب المعدنية الخارجية من باطن الأرض اذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية منها • ولا تدخل فى ذلك الأملاح التبخرية التى تستخرج بطريق التبخير ، ويكون الترخيص باستغلالها بقرار من وزير التجارة والصناعة» (م ١/١ قانون المناجم والمحاجر) • ويجب التمييز بين المواد المعدنية الموجودة بالناجم ، والمناجم ذاتها وهى باطن الأرض الذى توجد فيه هذه المواد • فالذى أصبح ملكا للدولة هى المواد المعدنية ، أما المناجم أى باطن الأرض فتظل مملوكة لصاحب الأرض على حكم الأصل ان كان للأرض صاحب ، فله أن يستعملها ويستغلها فى أغراض أخرى غير استخراج المعادن (٢) •

---

(١) انظر فى فرنسا أن الدولة لا تملك المناجم الا من وقت اعطاء التزام بها ، وأن المناجم الى ذلك الوقت تبقى ملكا لصاحب الأرض : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٣١ — أما فى مصر فظاهر أن الدولة تملك المواد المعدنية وخامات المحاجر ، فهذه المواد والخامات تعتبر من أموال الدولة بصريح النص . ولذلك تكون عقود استغلالها هى عقود التزام ، (concession) كما هو الأمر فى سائر الأموال العامة . وتكون علاقة الدولة بالمستغل هى علاقتها بالملتزم . اما علاقة مالك الأرض بكل من الدولة والملتزم ، وطبيعة حقوقه وهل هى حقوق شخصية أو عينية ، واذا كانت عينية فمن اى نوع هى ، فهذا هو محل البحث فيما يلى .

(٢) وقد قضت محكمة القضاء الادارى بأن موارد الثروة الطبيعية فى البلاد بما فى ذلك المناجم يعتبر من الأملاك العامة ولو وجدت داخل املاك خاصة . وللدولة وحدها الحق فى استغلالها بنفسها أو بطريق الانابة وذلك وفقا لمقتضيات الظروف والمصلحة العامة (قضاء ادارى فى ٧ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى السنة ٣ صفحة ٩١١) .

وخامات المحاجر هى « مواد البناء والرصف ، والأحجار الزخرفية، وخامات المون ، والملاط ، والأحجار الصناعية ، والدولوميت ، ورمال الزجاج . وما يماثلها » (م ١/٣ قانون المناجم والمحاجر) ، ويجب التمييز هنا أيضا بين هذه الخامات وهى وحدها التى أصبحت ملكا للدولة ، وبين المحاجر أى باطن الأرض الذى يحتوى على هذه الخامات وهذا بقى على حاله مملوكا لصاحب الأرض ان كان لها صاحب ، على أن من خامات المحاجر ما بقى هو أيضا على حاله مملوكا لصاحب الأرض ، وهذه هى مواد البناء من الأحجار الجيرية والرملية والرمال . كما هو صريح نص المادة الثالثة من قانون المناجم والمحاجر فيما رأيناه •

٣٥٧ — الكشف والبحث والاستغلال فيما يتعلق بالمواد المعدنية بالمناجم — حقوق مالك الأرض :

ولما كانت المواد المعدنية بالمناجم هى ملك الدولة كما قدمنا ، فقد أبيح — حتى سنة ١٩٦٣ — لمن يملك الوسائل اللازمة من شركات وجمعيات ومؤسسات وهيئات وأفراد أن يكتشفوا عن هذه المعادن ، طبقا لاجراءات ووفقا لنظام رسمه قانون المناجم والمحاجر ، فقد جعل هذا القانون لهذه العملية مراحل ثلاثا : الكشف والبحث والاستغلال •

(فالمرحلة الأولى) هى مرحلة الكشف : « ويراد بالكشف عن المواد المعدنية اختبار سطح الأرض أو باطنها بجميع الوسائل ، وعلى الأخص الوسائل الجيولوجية والجيوفيزيكية التى تؤدى الى التعرف على المعادن من خواصها الطبيعية والمغناطيسية أو الكهربية أو غيرها ، أو عمل حفر اختبار أو ثقوب للتحقق من وجود أو احتمال وجود مواد معدنية » (م ١/٢ قانون المناجم والمحاجر) • ولكل شركة أو هيئة أو فرد حرية الكشف عن المواد المعدنية ، وتعد مصلحة المناجم والمحاجر سجلات لقيد أسماء الكاشفين •

(والمرحلة الثانية) هى مرحلة البحث : فمن كشف عن خام من خامات المواد المعدنية عليه أن يبلغ عنه مصلحة المناجم والمحاجر • وعلى هذه المصلحة أن تسجل له حق الكشف • ويكون للكاشف حق الأولوية

فى الحصول على ترخيص فى البحث عن هذا المعدن ، بشرط أن يتقدم بطلب الترخيص خلال ثلاثة أشهر من تاريخ اعلانه المصلحة عن الكشف • فاذا انقضت هذه المدة ولم يتقدم الكاشف بطلب الحصول على ترخيص فى البحث ، كانت الأولوية وفقا لأسبقية القيد فى سجل أعد للطلبات التى ترد على مصلحة المناجم والمحاجر للترخيص فى البحث عن المواد المعدنية (١) • ويشترط لمنح ترخيص فى البحث أن تتوافر لدى الطالب الكفاية الفنية اللازمة لهذا الغرض ، وأن يلتزم بانفاق ما تستلزمه أعمال البحث على الوجه الذى توافق عليه مصلحة المناجم والمحاجر • ويصدر الترخيص من وزير الصناعة (٢) ، طبقا لأنموذج يصدر به قرار من مجلس الوزراء ، وللمدة التى يحددها الطالب ، ويجوز تحديدها بشرط

---

(١) وتكون الأولوية للمصرى على الأجنبى فى الحصول على تراخيص البحث ، اذا لم يتيسر تحديد الأولوية على هذا الوجه ، كما تكون للمصرى الأولوية فى الحصول على عقود الاستغلال عن طريق المزايدة ، اذا تساوت العروض . وعلى الأجنبى الذى منح ترخيصا فى البحث . او أبرم معه عقد استغلال . أن يتخذ له فى جمهورية مصر موطنا . وأن يحتفظ فى هذا الموطن بالدفاتر والمستندات الخاصة بأعمال البحث والاستغلال .

(٢) وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأنه يبين من مراجعة القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ الخاص بالمناجم والمحاجر أن المادة الرابعة منه الواردة فى الباب الأول الخاص بالاحكام التمهيدية تنص على مايأتى : «تقوم وزارة التجارة والصناعة طبقا لأحكام هذا القانون بتنظيم استغلال المناجم والمحاجر ورقابتها وكل ما يتعلق بها من تصنيع او نقل او تخزين ولها ان تقوم بأعمال الكشف والبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمحاجر وما يتعلق بها اما بنفسها مباشرة واما ان تعهد بذلك الى غيرها بالشروط المقررة فى هذا القانون » . وقد آل هذا الاختصاص الى وزارة الصناعة عقب انشائها واستمر الحال على ذلك الى ان عمل بقانون نظام الادارة المحلية رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠. وطبقا لأحكام صدر قرار نائب رئيس الجمهورية للخدمات ٣٨ لسنة ١٩٦٢ ونص فى مادته الأولى على مايأتى : « ينقل الى المحافظات الاختصاصات المخولة لوزارة الصناعة بمقتضى القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ المشار اليه فيما يتعلق بالمحاجر اعتبارا من أول يوليه سنة ١٩٦٢ » ومفاد النصوص المتقدمه أنه اعتبارا من اول يوليه سنة ١٩٦٢ أصبحت المحافظات هى الجهات الادارية صاحبة الاختصاص الأصلى بالنسبة الى الاشراف على المحاجر واستغلالها ، سواء بالنسبة الى منح تراخيص الاستغلال ابتداء أو فى الموافقة على استبدال المحاجر أثناء مدة الترخيص (ادارية مليا فى ١١ يناير ١٩٦٩ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا السنة ١٤ صفحة ٢٤٠) .

الا تزيد المدة أصلا وتجديدا على أربع سنوات • ويحصل من كل ترخيص فى البحث ايجار سنوى بواقع خمسة وعشرين جنيها عن كل كيلو مترين مربعين من مساحة البحث ، ويعتبر كل جزء من هذه الوحدات وحدة كاملة •

(والمرحلة الثالثة) هى مرحلة الاستغلال : ويكون للمرخص له فى البحث فى أثناء سريان مدة الترخيص حق الحصول على عقد استغلال عن كل المساحة المرخص له فى البحث فيها أو فى بعضها ، ويصدر عقد الاستغلال بقرار من وزير الصناعة • ويشترط لاصدار عقد استغلال معدن ما فى مساحة معينة أن يسبقه ترخيص فى البحث عن ذلك المعدن فى تلك المساحة وأن يثبت المرخص له فى البحث وجود الخام الممكن تشغيله (١) • ويصدر عقد الاستغلال مطابقا للأنموذج الموضوع له والصادر به قرار من مجلس الوزراء ، وللمدة التى يحددها المستغل بشرط ألا تجاوز مدة ثلاثين عاما أخرى • ويجوز بالاتفاق بين الوزارة والمستغل تجديد العقد بعد ذلك بالشروط التى يتفق عليها ، وفى هذه الحالة يكون التجديد بقانون • ويجوز الغاء العقد اذا أوقف الاستغلال لمدة ثلاث سنوات متتالية على الأقل ولم يقم المستغل من جانبه بالتغلب على الأسباب التى يحصل بمقتضاها على اعفائه من التزامات التشغيل ، أو اذا أوقف الاستغلال دون الحصول على هذا الاعفاء كتابة ، وذلك بناء على اقتراح مصلحة المناجم والمحاجر وموافقة وزير الصناعة (٢) • ويؤدى

---

(١) واستثناء من هذه الأحكام يجوز اصدار عقد الاستغلال ، دون ترخيص سابق فى البحث ، فى المساحات التى يتبين لمصلحة المناجم والمحاجر وجود المعدن فيها بكميات تسمح باستغلاله . وتدرج مصلحة المناجم والمحاجر فى سجل خاص كل ما هو معروف لها من هذه المساحات ، ويباح الاطلاع على هذا السجل فى كل وقت . ويطرح فى مزايدة علنية ماترى المصلحة طرحه منها وما يتقدم عنه طلبات للاستغلال ، وفى هذه الحالة تحصل المزايدة خلال ستة أشهر من تاريخ الطلب ، فاذا لم يتقدم أحد للمزايدة منح عقد الاستغلال للأسبق من مقدمى الطلبات .

(٢) وللمستغل أو لصاحب حق الاستغلال أن يطلب من وزير الصناعة ترخيصا أو أكثر ، على سبيل الحماية ، طبقا لأنموذج يصدر به قرار من =

المستغل ، علاوة على حصة الحكومة فى الاستغلال ، الى مصلحة المناجم والمحاجر مقدما كل سنة بصفة ايجار من كل هكتار أو جزء من الهكتار من مساحة الاستغلال مبلغ خمسة جنيهات على ألا يقل الايجار عن أربعين جنيها فى السنة [1] .

وقد احتفظ قانون المناجم والمحاجر بحقوق لمالك الأرض التى توجد المناجم فى باطنها . ان وجد . فنصت المادة ١٥ من هذا القانون على أن « يعفى مالك السطح الذى يبلغ عن وجود خامات معدنية فى أرضه من قيد اسمه فى سجل الكاشفين المشار اليه فى المادة ٧ . ويكون له حق الأولوية على الغير فى البحث والاستغلال متى طلب ذلك . ويمنح ترخيص البحث أو عقد الاستغلال بغير مزايدة . ويعفى فى حالة البحث أو الاستغلال من الايجار المنصوص عليه فى المادتين ١١ و ٢١ واذا قام بالبحث أو الاستغلال بنفسه . ويسقط حق مالك السطح فى البحث أو الاستغلال ، اذا أخطرته مصلحة المناجم والمحاجر بكتاب موصى عليه مع علم الوصول بوجوب طلب الترخيص فى البحث أو عقد الاستغلال خلال ثلاثة أشهر وانقضى هذا الميعاد دون أن يتقدم بالطلب ، وفى حالة الترخيص فى الاستغلال للغير ، يكون لمالك السطح الحق فى نصف الايجار من مصلحة المناجم والمحاجر» . ويتبين من ذلك أن مالك الأرض له الأولوية فى البحث عن المواد المعدنية فى أرضه وفى استغلالها ، ولا يؤدى ايجارا لا عن البحث ولا عن الاستغلال ، وله أن يستعمل حق الأولوية هذا فى خلال ثلاثة أشهر من وقت اخطاره

= مجلس الوزراء ، عن مساحة ملاصقة للمساحة التى يستغلها او يطلب استغلالها ، بشرط الا يزيد مجموع مساحة الحماية على مساحة الاستغلال وأن تكون مساحة الحماية المطلوبة خالية من أى حق للغير عليها . وتكون تراخيص الحماية للمدة التى يحددها الطالب ، بحيث لا تجاوز مدة الاستغلال، ويؤدى المرخص له ايجارا سنويا عن مساحة الحماية بواقع عشر فئة الايجار المقرر لمساحة الاستغلال ، ويخول ترخيص الحماية المرخص له حق القيام بأعمال البحث ، وله فى أثناء سريان مدة الترخيص حق الحصول على عقد استغلال فى مساحة الحماية كلها أو بعضها .

(1) انظر فى أن حق المستغل فى فرنسا هو حق عينى قائم بذاته ؛ وليس حقا شخصيا أو حق ملكية : بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٥٣٤ ص ٥٣٨ .

باستعماله . واذا منح الترخيص فى الاستغلال للغير ، كان لمالك الأرض الحصول على نصف الايجار الذى يدفعه المستغل (١) ، وقضت كذلك المادة ٢٣ من قانون المناجم والمحاجر بأن على من يقوم بأعمال الكشف ، وعلى المرخص له فى البحث فى أرض الغير . أن يمتنع عن أى عمل من شأنه الاضرار بسطح الأرض أو حرمان المالك من الانتفاع بملكه . فاذا ترتب على عمله أى ضرر بسطح الأرض أو حرمان المالك من الانتفاع بملكه التزم بالتعويض . وتتولى تقدير التعويض، بناء على طلب صاحب الشأن، لجنة تشكل بقرار من وزير الصناعة ، وتمثل فيها مصلحة المناجم والمحاجر وغرفة المناجم والمحاجر والبترول الصناعية والجهات الحكومية المختصة. وتجوز المعارضة فى قرار اللجنة . طبقاً للأوضاع المقررة فى القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الخاص بنزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين.

٣٥٨ — تراخيص استغلال المحاجر — حقوق مالك الأرض :

تكون الأولوية فى الحصول على تراخيص استغلال المحاجر لمن سبق الى تقديم طلب بذلك (٢). ويصدر عقد الاستغلال بقرار من وزير الصناعة، مطابقا للأنموذج الموضوع له والصادر به قرار مجلس الوزراء ، وللمدة التى يحددها الطالب بشرط ألا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاثين ، ويجوز تجديد العقد مرتين ، بحيث لا تجاوز المدة فى كل مرة خمس عشرة سنة . ويجوز بالاتفاق بين وزارة الصناعة والمستغل تجديد العقد بعد ذلك لمدة أخرى وبالشروط التى يتفق عليها، وفى هذه الحالة يكون التجديد بقانون. ويجوز الغاء العقد ، اذا أوقف العمل فى المحجر مدة تزيد على تسعين يوما دون اذن كتابى من مصلحة المناجم والمحاجر . وتؤدى اتاوة، أدناها عشرون

---

(١) وفى فرنسا لمالك الأرض الحق فى جعل (redevance tréfoncière) يحدده مرسوم الالتزام (decret de concession) . انظر فى طبيعته وفى انه ايراد دائم : بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٥٤٤ — وانظر آنفا ص ٥٧٧ هامش ١ .

(٢) وتكون الأولوية للمصرى على الأجنبى اذا لم يتيسر تحديد الأولوية على هذا النحو ، كما تكون للمصرى الأولوية فى الحصول على هذه التراخيص على طريق المزايدة اذا تساوت العروض .

مليما وأقصاها ستمائة مليم عن كل متر مكعب من الأحجار ، فى نهاية كل ستة أشهر مباشرة (أنظر م ٢٧ من قانون المناجم والمحاجر) (١)، ويؤدى المرخص له مقدما ايجارا سنويا تحدده لجنة يصدر بتشكيلها قرار من وزير الصناعة ، وفى حالة عدم قبول المرخص له الايجار المحدد يطرح استغلال المحجر فى مزايدة عامة على أساس الايجار الذى حددته اللجنة. وللجنة أن تقرر الاكتفاء بالايجار دون الاتاوة عن كل محجر ترى أن حالته تستوجب ذلك . كما لها أن تخفض الايجار اذا رأت ما يسوغ ذلك . أما المحاجر التى تقرر عليها اتاوة وايجار ، فيحصل عنها أكبر القيمتين . ويجوز للجنة أن تعيد النظر فى تقدير الايجار فى أثناء سريان مدة العقد بالنسبة الى العقود التى مدتها عشر سنوات على الأقل ، اذا رأت المصلحة ذلك أوبناء على طلب المرخص له ، وبشرط ابداء أسباب جدية ، وبعد انقضاء خمس سنوات على الأقل على تقدير اللجنة السابق (٢) . واذا لم يقم المرخص له بنقل الكميات التى استخرجها من المحجر حتى نهاية العقد ، آلت ملكية المواد الباقية الى الحكومة .

---

(١) وقد كانت هناك أتاوة مفروضة على استغلال المواد المستخرجة من المناجم ، ولكنها ألغيت بالقانون الأخير للمناجم والمحاجر (رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦) ، الا فيما يتعلق بخامات الوقود التى بقيت محكومة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ ، « وذلك اكتفاء بالضريبة المقررة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٣٩ والقوانين المعدلة له ، وقد تقرر هذا الالغاء جريا على سياسة تشجيع صناعة التعدين فى مصر » (المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦).

(٢) انظر م ٢٨ من قانون المناجم والمحاجر ، وتنص المادة ٣٠ من هذا القانون على أنه « فى عقود استغلال المحاجر التى تبرم لمدة سنة يجوز للمستغل ، قبل انتهاء هذه المدة وبعد انقضاء مدة لا تقل عن ستة شهور من تاريخ ابتداء العقد او تجديده ، أن يستبدل بالمحجر محجرا آخر من نوعه فى المنطقة ذاتها ، بالشروط المنصوص عليها فى العقد وللمدة الباقية منه ، اذا ثبت للمصلحة ما يبرر هذا الاستبدال ، ويشرط ان يقوم طالب الاستبدال بأداء كل ما هو مستحق عليه من أتاوات عن المواد التى استخرجها من المحجر المراد استبداله قبل استلام المحجر الجديد . ويكون الاستبدال مرة واحدة فقط . ويجوز ايجار المحجر الجديد على الوجه المبين فى المادة ٢٨ ، فاذا زاد هذا الايجار على الايجار القديم التزم المستغل بأداء الفرق بين القيمتين فى الأجل الذى تحدده المصلحة ، والا سقط حقه فى الاستبدال . واذا قل الايجار الجديد عن القديم فليس له المطالبة بالفرق » .

مالم يقدم المرخص له خلال الخمسة عشر يوما السابقة على تاريخ انتهاء العقد طلبا لحفظ حقه فى نقل هذه المواد فى المدة التى تحددها له المصلحة ، وبشرط أداء مبلغ يوازى مثلى الاتاوة المقررة عن تلك المواد •

أما الحقوق التى احتفظ بها القانون (م ٣٢ قانون المناجم والمحاجر) لمالك الأرض التى يوجد بها المحجر ان وجد ، فهى الترخيص لهذا المالك فى أن يستخرج من المحجر ما يحتاج اليه من مواد البناء بقصد استعماله الخاص دون استغلالها ، مع اعفائه من الايجار والاتاوة (١) • ويكون للمالك الاولوية على الغير فى الحصول على الترخيص فى الاستغلال من الأرض المملوكة له ، وفى هذه الحالة يعفى من الايجار دون الاتاوة • ويسقط حقه اذا بلغ بوجوب أن يطلب الترخيص خلال شهرين وانقضى الميعاد دون طلب ، وفى هذه الحالة يجوز الترخيص للغير فى استغلال المحجر • ويكون لصاحب الأرض الحق فى الحصول على نصف الايجار •

٣٥٩ — أحكام مشتركة للمناجم والمحاجر :

تنص المادة ٥٠ من قانون المناجم على أنه « يجوز أن يرخص بقانون لوزير التجارة والصناعة فى أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمحاجر الى شركة أو جمعية أو مؤسسة بشروط خاصة استثناء من أحكام هذا القانون ، وتحدد هذه الشروط فى القانون الصادر بالترخيص » •

وتنص المادة ٣٦ على أن « ترخص مصلحة المناجم والمحاجر ،

---

(١) يبدو ان المقصود بمواد البناء هنا المواد غير التى استثنيت فى المادة ٣ من قانون المناجم والمحاجر ، أ غير الأحجار الجيرية والرملية والرمال ، اذ ان هذه المواد الأخيرة تعتبر ملكا لصاحب الأرض كما سبق القول (انظر آنفا فقرة ٣٥٦) ، فلا محل لاعفائه من الايجار والاتاوة على شىء هو مملوك له . وانما يعفى من الايجار والاتاوة فيما هو غير مملوك له من مواد البناء والرصف والأحجار الزخرفية وخامات اللون الخ الخ . (انظر المادة ١/٣ من قانون المناجم والمحاجر) — قارن اسماعيل غانم فقرة ٣٣ ص ٦٧ هامش ١ .

لأغراض تشغيل المناجم والمحاجر ، بانشاء الطرق العامة ، أو مد خطوط السكك الحديدية أو خطوط الأسلاك الهوائية والكهربائية والتليفونات ، أو بانشاء المطارات أو خطوط الأنابيب أو المراسى وما يتبعها كأحواض التشوين وغيرها ، وذلك بالاتفاق مع المصالح المختلفة . وما يلزم من الاراضى غير المملوكة للحكومة لهذه الاعمال تنزع ملكيته ، طبقا لأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه (قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة وللتحسين) . وتعتبر الاراضى اللازمة لهذه الاغراض من الأموال العامة » .

وتنص المادة ٥ على أنه « مع عدم الاخلال بأحكام المادة ١١٤٥ من القانون المدنى (امتياز بائع المنقول) لايجوز الحجز على الالات ووسائل النقل والجر وغيرها المخصصة لاستغلال المناجم والمحاجر ، مادام هذا التخصيص قائما » .

٣٦٠ — القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ :

وقد صدر أخيرا القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ ، ونشر فى الجريدة الرسمية فى العدد الصادر فى ١٨ اغسطس سنة ١٩٦٣ ، ويقضى فى أهم أحكامه بما يأتى :

م ١ — تنتهى تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم ، وكذلك عقود استغلال الجبس والرمال البيضاء ، الممنوحة للأفراد أو شركات القطاع الخاص .

م ٢ — تؤمم الأصول المستخدمة فى الاستغلال ، وتؤول ملكيتها الى الدولة .

م ٣ — يرخص لوزير الصناعة فى اسناد استغلال المناجم والمحاجر المشار اليها الى شركات القطاع العام .

ويتبين من هذه الأحكام أنه فيما يتعلق بالمناجم لم يعد لشركات القطاع الخاص ، مصرية كانت أو أجنبية ، ولا للأفراد المصريين أو

الأجانب ، الحق فى الحصول على ترخيص فى البحث أو فى عقد للاستغلال، ولايجوز لغير شركات القطاع العام الحصول على شيء من ذلك ، وهذا هو الحكم أيضا فيما يتعلق بالمحاجر فى شأن استغلال الجبس والرمال البيضاء ، أما فى شأن الخامات الأخرى للمحاجر غير الجبس الرمال البيضـــاء فلا يزال جائزا منح عقود استغلال للأفراد ولشركات القطاع الخاص • ولكن يبدو أن المادة ٥٠ من قانون المناجم والمحاجر ، وهـــى التى تقضى بجواز الترخيص بقانون لوزير الصناعة فى أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمحاجر الى شركة أو جمعية أو مؤسسة ، ولو كانت تابعة للقطاع الخاص أو كانت أجنبية ، بشروط خاصة ، لايزال معمولا بها (١) •

المبحث الثانى

امتداد الملكية الى الملحقات والثمار والمنتجات

٣٦١ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٠٤ مدنى على ما يأتى :

« لمالك الشيء الحق فى كل ثمارة ومنتجاته وملحقاته • مالم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك (٢) » •

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١/٢٨ (٣) •

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٥٩ — ويلاحظ أن الواجب صدور قانـــــون فى الأحوال المذكورة فى المادة ٥٠ المشار اليها ، فيعتبر هذا القانون استثناء من احكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ •

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليـــه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٢ فى المشروع النهائى ، ثم مجلس النواب تحت رقم ٨٧١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠ — ص ٢١) •

(٣) التقنين المدنى الســـــابق م ١١/٢٨ : الملكية هى الحق للمالك فى الانتفاع بما يملكه ، والتصرف فيه بطريقة مطلقة ، ويكون بها للمالك الحـــق فى جميع ثمرات مايملكه سواء كانت طبيعية او عارضية ، وفى كافة ماهو تابع =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٧٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨١٣ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٤٨ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى المادة ١٢ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨١١ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠١٨/٢ (١) .

ويتبين من النص سالف الذكر ان الملكية لا تقتصر فحسب على الشىء ذاته ، بل هى تمتد أيضا الى ما يلحق بالشىء وما يتفرع عنه ، فتمتد الى الملحقات (accessoires) والثمار (fruits) والمنتجات (produits).

٣٦٢ — الملحقات :

جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « تشمل الملكية، عدا الشىء المملوك نفسه بكامل أجزائه ، ما يتفرع عن الشىء . وهو أنواع ثلاثة : (أ) الملحقات (accessoires) ، وهى كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشىء ، طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة

= له . (ولافرق فى الأحكام مابين التقنين المدنى الجديد والتقنين المدنى السابق) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٧٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٤٨ : الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ، ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة . (واحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١٢ : ان ملكية عقار ما تخول صاحبها الحق فى جميع ما ينتجه العقار ، وفيما يتحد به عرضا ، سواء أكان ذلك الاتحاد أو الانتاج طبيعيا أو اصطناعيا . (واحكام القانون اللبنانى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨١١ : ملكية الشىء تشمل اجزاءه ، وثماره ، ومنتجاته ، وملحقاته ، مالم يوجد نص او تصرف قانونى يخالف ذلك .

(التقنين الكويتى يتفق فى أحكامه مع التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ١/١٠١٨ : ولمالك الشىء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة . (والتقنين الاردنى يتفق فى أحكامه مع التقنين المصرى) .

وقصد المتعاقدين ، كحقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص ، (ب) ... (جـ) ... وهذا كله مالم يوجد اتفاق مخالف ، فقد يتفق المتعاقدان على أن ملكية الشيء تنفصل عن ملكية ملحقاته أو منتجاته ، أو يوجد نص في القانون يقضي بغير ماتقدم كالنص الذي يجعل الثمار للحائز حسن النية دون المالك » (١) .

وتوجد نصوص متناثرة في التقنين المدني تبين في أماكن مختلفة ماهو المقصود بالملحقات ، نذكر منها النصين الآتيين :

(أولا) نص المادة ١٠٣٦ مدني المتعلق بالرهن الرسمي . ويقضي بأن « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا . وتشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التي تعود بمنفعة على المالك .. » .

(ثانيا) نص المادة ٤٣٢ مدني المتعلق بالبيع . ويقضي بأن « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

وقد سبق أن بينا ، عند الكلام في البيع (٢) ، الفرق بين أصل الشيء وملحقاته . فالشيء يشتمل على أجزائه ، وهذه ليست من الملحقات بل هي الأصل . وأجزاء الدار — التي هي الأصل — تشتمل على الأرض والبناء القائم والسلم والردهات والحديقة ان وجدت . ونماء الشيء يدخل في أصله لا في ملحقاته ، فنماء الحيوان أي كبره ما بين البيع والتسليم داخل في أصله . أما ملحقات الشيء فهي شيء غير الأصل والنماء ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته . وهي ليست متولدة من الأصل كما تتولد الثمار والمنتجات ، بل هي شيء مستقل عن الأصل غير متولد عنه ، ولكنه أعد بصفة دائمة ليكون تابعا للأصل وملحقا به ، فاذا كانت معدة وقتية لا بصفة دائمة ، كما اذا استأجر المالك مواشي وآلات لزراعة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠ — ص ٢١ .
(٢) الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٣٠٢ .

أرضه ، فانها لا تعتبر من الملحقات • وكون الشيء يعتبر من ملحقات شيء آخر أو لا يعتبر يرجع فيه الى طبيعة الأشياء كما هو الأمر فى اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات ، أو الى عرف الجهة كما هو الأمر فى عدم اعتبار المشاغل والشطأ من الملحقات ، وقد يوجد اتفاق — أو تصرف قانونى كوصية — باعتبار شيء من الملحقات ، فعندئذ يجب اعتباره كذلك •

وكذلك سبق أن أوردنا ، عند الكلام فى البيع (١) • تطبيقات مختلفة لما يعتبر من الملحقات ، فاذا كان الشيء أرضا زراعية • دخل فى الملحقات حقوق الارتفاق ، والمواشى والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقارا بالتخصيص ، وكذلك المخازن وزرايب المواشى وبيوت الفلاحين • واذا كان الشيء دارا ، ألحقت بها الأفران المثبتة فى المطابخ والبنوارات المثبتة فى الحمامات وأجهزة الاضاءة والتسخين وتكييف الهواء وما الى ذلك • أما الأبواب والشبابيك والشرفات والمصاعد • فهذه تعتبر أجزاء من الدار لا ملحقات لها (٢) ، واذا كان الشيء مصنعا ، دخل فى ملحقاته المخازن التى تودع فيها المصنوعات ، والمنازل التى أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعبهم ونحو ذلك • واذا كان الشيء حيوانا ، دخل فى ملحقاته الصوف الشعر ولو كان مهيأ للجز ، أما نتاج الحيوان فيعد من المنتجات لا من الملحقات • واذا كان الشيء سيارة ، فان عجلاتها وأجهزة الادارة فيها تعتبر من أجزائها فهى أصل ، أما العدد والآلات المعدة لاصلاح السيارة ولتسييرها ، وكذلك الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية، فتعتبر من ملحقاتها ، واذا كان الشيء أسهما وسندات ، فان قسائم الأرباح (الكوبونات) تعتبر من الثمرات لا من الملحقات ، واذا ربح السند جائزة اعتبرت جزءا من السند ، أو هى فى القليل من منتجاته • واذا كان الشيء منقولا آخر ، دخل فى ملحقاته الصندوق الذى يحتويه ان وجد ومستند ملكيته •

---

(١) الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٣٠٢ .

(٢) انظر فى اجزاء البناء المكملة له آنفا فقرة ١١ .

٣٦٢ — الثمار :

جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « (جـ) الثمرات (fruits) وهى كل ما ينتجه الشىء من غلة متجددة . وقد تكون الغلة طبيعية (naturel) كالزرع الذى يخرج فى الأرض من تلقاء نفسه ، أو صناعية (industriel) كالمحصول الذى يكون من عمل الطبيعة والانسان ، أو مدنية (civil) بأجرة الأراضى والمساكن » (١) .

والذى يميز الثمار أمران :

١ — أنها غلة دورية متجددة ، أى أنها تتجدد عادة فى أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع .

٢ — أنها مع تفرعها عن الشىء لا تمس أصله ولا تنتقص منه ، بل يبقى الأصل على حاله دون نقصان .

وهى ، كما تقول المذكرة الايضاحية ، أنواع ثلاثة :

١ — ثمار طبيعية ، وهى من عمل الطبيعة لا دخل للانسان فيها ، كالكلأ والأعشاب التى تنبت فى الأرض دون عمل الانسان . ومن الفقهاء من يعتبر نتاج الحيوان ، لا من المنتجات ، بل من الثمار الطبيعية (٢) .

٢ — ثمار صناعية ، وهى التى ينتجها عمل الانسان ، كالمزروعات وفواكه البساتين وخشب الأشجار اذا كانت معدة للقطع على وجه دورى منتظم وعسل النحل وحرير دودة القز .

٣ — ثمار مدنية ، وهى الريع الدورى المتجدد الذى يقبضه المالك من استثماره للشىء ، أى يقبضه من الغير لقاء نقل منفعة الشىء الى هذا الغير ، وذلك كأجر المساكن والأراضى الزراعية (٣) ، وفوائد الأسهم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢٥٥ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٧٦ ص ٧٨٤ — اسماعيل غانم فقرة ٣٥ ص ٦٩ — شفيق شحاتة فقرة ٧٨ ص ١٠١ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢١٥ ص ٢٨٤ — وانظر م ٥٨٣ مدنى فرنسى .

(٣) أما نصيب صاحب الأرض فى المزارعة فيعتبر من الثمار الصناعية =

والسندات ورؤوس الأموال بوجه عام ، وما تدفعه مصلحة المناجم والمحاجر لصاحب الأرض من الايجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر .

والأصل أن الثمار ملك لصاحب الشيء ، الا اذا نص القانون على غير ذلك ، كما نص على جعل الثمار للحائز حسن النية .

٣٦٤ — المنتجات :

جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى (ب) المنتجات (produits) ، وهى كل ما يخرجه الشيء من ثمرات غير متجددة ، كما هو الأمر فى المناجم والمحاجر » (١) .

وتتميز المنتجات بعكس ما تتميز به الثمار :

١ — فهى غير دورية ولا متجددة بل تخرج من الشيء فى أوقات متقطعة غير منتظمة .

٢ — وهى تمس أصل الشيء وتنتقص منه ، فالمعادن التى تخرج من المناجم ، والأحجار التى تخرج من المحاجر ، تنتهى بعد وقت طويل أو قصير الى أن تنفد . ومن ثم كانت هذه المعادن والأحجار منتجات لا ثمارا (٢) . وتعتبر أقساط الايراد المرتب مدى الحياة من المنتجات لا من الثمار ، لأنها تنتقص من الأصل الى أن ينفذ بموت صاحب الايراد ، وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية متجددة . أما أقساط الايراد الدائم، فهذه ثمار لا منتجات ، لأنها دورية متجددة ولا تنتقص من الأصل ، شأنها فى ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات . وفى رأينا أن انتاج الحيوان من المنتجات لا من الثمار ، لأنها اذا كانت لا تنتقص

= (أوبرى ٤ فقرة ٥٣٢ — توليبه ٣ فقرة ٤٠٠ — ديمولومب ١٠ فقرة ٣٨٦ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ هامش ٢٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١ .

(٢) على أنه اذا أعد الشيء اعدادا خاصا من شأنه تمكين المالك من الحصول على ايراد دوري متجدد ، فان ماينتج من الشيء فى هذه المواعيد الدورية يعتبر ثمارا ، ولو كان من شأنه المساس الى حد ما بجوهر الشيء =

من الأصل الا أنها غير دورية (١) .

والتمييز بين الثمار والمنتجات على النحو الذى بيناه ليست له أهمية عملية بالنسبة الى مالك الشىء نفسه ، فهذا يملك الثمار والمنتجات دون أى تمييز . وانما تظهر الأهمية العملية للتمييز اذا انتقل الشىء الى يد غير المالك ، ويقع ذلك فى فرضين :

(أولا) اذا انتقل الشىء الى يد حائز ، فان الحائز اذا كان حسن النية يكسب الثمار دون المنتجات ، واذا كان سيىء النية لم يكسب هذه ولا تلك . وتنص المادة ٩٧٨ مدنى فى هذا المعنى على أن « ١ — يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية . ٢ — والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما » . ثم تنص المادة ٩٧٩ مدنى على أن « يكون الحائز سىء النية مسئولا من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى انتاج هذه الثمار » .

(ثانيا) اذا انتقل الشىء الى يد منتفع (usufruitier) ، فان المنتفع يكون من حقه ثمار الشىء دون منتجاته . وقد نصت المادة ٩٨٧ مدنى فى هذا المعنى على أن « تكون ثمار الشىء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه ، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدنى على ما يأتى : « واذا كانت الأرض

= (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٦ — بيدان ٤ فقرة ٣٢٠ . كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ٩٧٦ ص ٧٨٤) . من ذلك اعداد الأرض لقطع ما فى جوفها من أحجار ، أو اعداد الغابة لقطع ما بها من أشجار ، بصفة دورية . فاذا تقرر لشخص حق انتفاع على الأرض أو الغابة بعد أن أعدت تلك الاعداد ، كان للمنتفع أن يقتطع الاحجار أو الأشجار بوصفها ثمارا بموجب حقه فى الاستغلال . أما اذا لم تكن الأحجار أو الأشجار قد أعدت للقطع قبل نشوء حق الانتفاع ، فانها تعتبر منتجات فيكون قطعها تصرفا لا استغلالا ، فلا يجوز لغير المالك القيام به (اسماعيل غانم فقرة ٣٥ ص ٧٠) .

(١) قارن رأيا آخر فى أنها من الثمار الطبيعية لا من المنتجات آنفا فقرة ٣٦٣ .

المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته الى حين ادراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن » (١) •

الفــرع الثــانى

وسائل حماية حق الملكية

٣٦٥ ـ دعوى الاستحقاق وعدم جواز نزع الملكية جبرا عـلى صاحبها الا بشروط :

تتمثل وسائل حماية حق الملكية فى أمرين :

١ ـ تقترن بحق الملكية دعوى تحميه ، وهــذه هى دعــوى الاستحقاق •

٢ ـ لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه ولا يجوز نزع ملكيته جبرا عنه الا بشروط •

المبحث الأول

دعوى الاستحقاق

(L'action en revendication)

٣٦٦ ـ دعوى الاستحقاق بوجه عام ومسألة الاثبات :

نلقى نظرة عامة على دعوى الاستحقاق ، ولما كان أبرز مســألة فى هذه الدعوى هى مسألة اثبات الملكية فنفرد هذه المسألة ببحث خاص •

١ ـ دعوى الاستحقاق بوجه عام

٣٦٧ ـ محل دعوى الاستحقاق :

دعوى الاستحقاق هى التى يكون محلها المطالبة بملكية الشىء ،

---

(١) انظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢٥٦ •

عقارا كان أو منقولا . فهى اذن الدعوى التى تقوم لحماية الملكية ، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى على الغير (١) .

وهى لا تطلق الا على الدعوى العينية التى يطالب فيها بالملك . فهى اذن لا تطلق على الدعاوى الشخصية التى يطلب فيها المدعى رد الشىء اليه . فالمؤجر اذا رفع دعوى على المستأجر برد العين المؤجرة، والمعير اذا رفع دعوى على المستعير برد الشىء المعار ، والمودع اذا رفع دعوى على المودع عنده برد الشىء المودع ، والمشترى اذا رفع دعوى على البائع بتسليم الشىء المبيع ، والراهن حيازة اذا رفع دعوى على الدائن المرتهن برد العين المرهونة ، كل هؤلاء لا يرفعون دعاوى استحقاق ، وانما يرفعون دعاوى شخصية قائمة على التزامات نشأت من عقود الايجار والعارية والوديعة والبيع ورهن الحيازة . فليسوا اذن فى حاجة الى اثبات الملكية ، بل كل ما يطلب منهم هو اثبات العقد الذى أنشأ التزاما برد الشىء (٢) . ولا تطلق دعوى الاستحقاق على

---

(١) وقد يطالب الشخص باثبات ملكيته للشىء ، لا فى دعوى الاستحقاق فحسب ، بل فى أحوال أخرى ، كما اذا اصاب الشىء تلف وعند ذلك يكلف من يطلب التعويض باثبات ملكيته لهذا الشىء ، وكما اذا نزعت ملكيته عقار للمنفعة العامة فيكلف من يدعى ملكية هذا العقار ليتقاضى التعويض عنه باثبات ملكيته له (كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٣٠٧) .

(٢) كذلك دعوى فسخ البيع واسترداد المبيع ، أو دعوى الرجوع فى الهبة واسترداد الشىء الموهوب ، ليست بدعوى استحقاق ، لأنها دعوى شخصية لا دعوى عينية ، وكل من المشترى والموهوب له يرد الشىء بعد فسخ البيع أو الرجوع فى الهبة ، بناء على التزام شخصى فى ذمته هو رد غير المستحق .

وهناك فروق بين دعوى الاستحقاق ودعاوى الاسترداد ، منها : (أ) دعوى الاستحقاق ترفع ضد حائز الشىء ، أما دعاوى الاسترداد فترفع ضد مدين بالذات . (ب) دعوى الاستحقاق لا يكون محلها الا شيئا ماديا معينا بالذات ، اما دعاوى الاسترداد فيمكن ان يكون محلها نقودا أو شيئا غير معين بالذات . (ج) يطلب فى دعوى الاستحقاق اثبات الملكية ، أما فى دعاوى الاسترداد فيطلب اثبات مصدر الالتزام بالرد . انظر فى ذلك عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠٦ ص ٢٤٨ — ص ٢٤٩ .

الدعوى العينيه التي يطالب فيها المدعي برد الحيازة لا الملك ، فهذه الدعوى الأخيرة هي دعوى حيازة لا دعوى أستحقاق (١) • ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي بحق عيني آخر غير حق الملكية ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فهذه الدعوى الاخيره هي دعوى الاقرار بحق عيني (action confessoire) ، واذا رفعها المالك على من يتمسك بحق عيني على ملكه تكون دعوى الانكار لحق عيني (action négatoire) وهي في الحالتين ليست بدعوى أستحقاق لأن محل الدعوى هو حق عيني آخر غير الملكية •

فدعوى الاستحقاق اذن هي ، كما قدمنا ، الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي بالملكية (٢) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن ولاية قاضي الحيازة في دعوى منع التعرض — على ما جرى به قضاء محكمة النقض — تتسع لازالة الاعمال المادية التي يجريها المدعي عليه باعتباره أن القضاء بها هو من قبيل اعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل حصول التعرض (نقض مدني في ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٤٥ صفحة ٢٩٦) .

كما قضت محكمة النقض بانه اذا كانت الدعوى قد رفعت من الحكومة بقصد تقرير حقها على الأرض المتنازع عليها باعتبارها من أموال الدولة العامة وأنه بذلك يكون وضع يد الطاعنين عليها غير مشروع ، فان هذه الدعوى تكون دعوى ملكية لا دعوى حيازة (نقض مدني في ٢٧ أبريل سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ١٣٥ صفحة ٨٧٩) .

وقضت محكمة النقض ايضا بأن دعوى الملكية تختلف عن دعوى الحيازة في أن الأولى ترمي الى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الاخرى بطريقة مباشرة ويتناول البحث فيها حتما أساس الحق المدعي به ومشروعيته ، أما دعوى الحيازة فليس الغرض منها الا حماية وضع اليد من حيث هو بغض النظر عن كنه أساسه وعن مشروعيته (نقض مدني في ٢٦ ابريل سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد ٢ رقم ٢٢٢ صفحة ٢٠٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المادة ٣٧ من قانون المرافعات ان الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات تقدر قيمتها بقيمة العقار ، فلا عبرة بالثمن الوارد بالعقد المحمول عليه طلب تثبيت ملكيته ، واذ كانت الطاعنة قد طلبت تثبيت ملكيتها لأرض النزاع ، فان تقدير قيمة الدعوى يكون بقيمة العقار حسب تقدير محكمة الموضوع له اذا لم يكن مربوطا عليه ضريبة وليس بقيمته الثابتة بعقد شرائه (نقض مدني في ٩ يونية سنة ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ رقم ٢٧٣ صفحة ١٣٨٩) .

وقد قضت محكمه النقض بأن دعوى الحيـــازة هى الدعوى التى يقصد منها حماية وضع اليد ممن يعتـــدى عليه بالغصب أو التعرض بصرف النظر عن أساسه ومشروعيته ، أما دعوى الملكية فهى الدعوى التي ترمى الى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقـــوق العينية الأخرى كحق الارتفـــاق والبحث فيها يتناول حتما أســـاس هذا الحق ومشروعيته • فاذا كان المطعون ضده قد طلب فى دعواه ازالة المبانى التى اقامها الطاعن على الممر محل النزاع تأسيسيا على ان هذا الممر محمل بحق ارتفاق لمصلحة العقار المملوك له ، وقد ثار النزاع فى هذه الدعوى بين الطرفين على هذا الارتفاق فانها على هذه الصورة لا تكون من دعاوى الحيازة وانما من دعاوى الحق (١) •

٣٦٨ — طرفا الدعوى :

المدعى فى دعـــوى الاستحقاق هـــو من يطالب بملكية الشىء • والمدعى عليه يكون عادة هو الحـــائز لهذا الشىء (٢) • وهـــذا الوضع المألوف يرجع الى أن المالك لا يطالب عادة بملكية شىء هـــو فى حيازته وتحت يده ، وانمـــا يطالب بملكيته عندما يخرج من حيازته الى حيازة

---

(١) نقض مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٣٦ صفحة ٩١٤ •

(٢) فاذا كان الحائز للشىء لم يستوف شروط الحيازة ، وبخاصة اذا كان يحوز الشىء بالنيابة عن غيره كالمستأجر والمستعير والمودع عنـــده والمرتهن رهن حيازة ، جاز له ، كمـــا جاز للمدعى ، ان يدخل الحـــائز (المؤجر أو المعير او المودع أو الراهن رهن حيازة) خصما ثالثا فى دعـــوى الاستحقاق • وللحائز حيازة عارضة عند ذلـــك أن يطلب اخـــراجه مـــن الدعـــوى •

وليس من الضرورى أن يكون الحائز حسن النية ليكون مدعى عليـــه فى دعوى الاستحقاق ، فالحائز سىء النية يكون ايضا مدعى عليه وان كانت الحيازة بسوء نية لا تقوم فى هذه الحالة قرينة على الملكية • ونرى من ذلك ان الحيازة ، حتى تكون قرينة على الملكية ، يجب أن تكون بحسن نية ، ويستوى ان تكون الحيازة بحسن نية او بسوء نية ليكون الحائز هو المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق • ولكن من الناحية العملية يفرض فى الحـــائز ، بادىء ذى بدء ، انه حسن النية ، فاذا أقام المدعى دعـــوى الاستحقاق واثبت الملكية ، كان له ان يثبت ايضا ان الحائز كان فى حيازته سىء النية (انظر مازو فقرة ١٤٦٨) •

شخص آخر ، فعندئذ يرفع على الحائز دعوى الاستحقاق مطالبـــا بالملكية ورد الشيء اليه • وقد كان فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى نص صريح بهذا المعنى يقضى بأن « لمالك الشيء أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق •• » ، فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » (١) •

ويصح ، فى بعض الأحوال ، أن يكون المدعى هو نفسه الحائز للشيء ، ويرفع دعوى منع التعرض فى الملكية على من يتعرض له فيها • ولكن المألوف فى هذا الفرض ، اذا كانت حيازة المدعى للشيء قد توافرت فيها شرائط الحيازة ، أن يقتصر على التمسك بالحيازة ، فلا يرفع دعوى منع التعرض فى الملكية بل دعوى منع التعرض فى الحيازة • ومع ذلـك قد يضطر الى رفع دعوى منع التعرض فى الملكية اذا لم تكن حيازته قد قد استوفت شرائطها أو لم تستكمل مدتهـا طبقا للقـواعد المقررة فى دعاوى الحيازة ، أو انقضت المدة التى يجوز فى خلالها رفع دعـوى الحيازة • وقد يلجـأ الحائز أيضـا ، وان كان هذا نادرا ، الى دعوى منع التعرض فى الملكية مع امكانه رفع دعوى الحيـازة ، اذا رغب أن يتعجل حسم النزاع بشأن الملكية مع من يتعرض له فيها ، اما لأن أدلة الملكية متوافرة تحت يده حالا ويخشى من فقدها أو فقد بعضها فيما اذا اكتفى برفع دعوى الحيازة ، أو لأى سبب آخر يرى معه الخـــير فى التعجيل ومجابهة دعوى الملكية على الفور (٢) • ولكن المألوف كما قدمنا هو غير ذلك ، فدعوى الحيازة ، اذا توافرت شرائطها ومددها ، أيسر بكثير من دعوى الملكية ، فتكون عادة هى المقدمة الطبيعية لدعـــوى الملكية • ويكتفى الحائز برفع دعوى منع التعرض فى الحيازة أو دعوى استرداد الحيازة ، حتى اذا استقرت الحيازة فى يـــده أحرز الشيء وانتفع به انتفاع المالك • وتربص بعد ذلك حتى اذا رأى من ينازعه فى الملكية وقد رفع دعوى الاستحقاق علية ، كان — وهو الحائز للشيء —

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ — ص ٢٣ •
(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٥ •

المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق ، فلا يكلف باثبات ملكيته (١) . والذى يقع عليه عبء الاثبات هو المدعى (٢) .

---

(١) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٣ — ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧٨ — ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٨ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٤ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١ — ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٥ — ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦م ٢٩ ص ٨٥ — ١٨ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٩ — ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦ — ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٣ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ — ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١٥ — واذا انتزعت الحيازة من الحائز ، ولم يستردها فى الميعاد القانونى ، لم يستطع أن يتمسك بهذه الحيازة السابقة لاعفائه من عبء اثبات الملكية (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٥) .

(٢) ويكلف المدعى باثبات ملكيته هو ، لا باثبات عدم ملكية المدعى عليه . فاذا عجز المدعى عليه عن اثبات ملكيته ، لم يكن هذا سببا فى الحكم بالملكية للمدعى مادام هذا لم يثبت ملكيته . وقد قضت محكمة النقض بأن من الخطأ أن تغفل المحكمة بحث سند ملكية المدعى للأطيان وتبحث ملكية المدعى عليه لها ، فان الوضع السليم قانونا هو تحقيق ملكية المدعى، فان ثبتت له حق له طلب ابطال التصرف الحاصل من المدعى عليه ، أما مجرد عدم ثبوت ملكية المدعى عليه فلا يقتضى ثبوتها للمدعى ولا أحقيته فيما طلبه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٩٩٣) . وقضت أيضا بانه اذا كان الحكم قد قضى برفض دعوى المدعى بتثبيت ملكيته للأرض محل النزاع تأسيسا على أن هذه الأرض لا تدخل فى مستندات تمليكه ولا هو تملكها بوضع اليد ، وكان هذا القضاء مقاما على أسباب مؤدية اليه ، فلا يجدى المدعى ما ينعاه على هذا الحكم فى خصوص تحدثه عن ملكية المدعى عليه (نقض مدنى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٩٩٣) . وقضت ايضا بأن تقرير الحكم ان المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطيان التى يطلب المدعيان ثبوت ملكيتهما لها بأى سبب من اسباب كسب الملك لا يفيد بذاته وبطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعين . كذلك لا يكفى أن يقرر الحكم أن مستندات هذين الأخيرين تشمل الأطيان المتنازع عليها ، وأنها من ذلك تكون ملكا لهما ، من غير بيان هذه المستندات وكيفية افادتها هذه الملكية . واذن فمتى كان الحكم اذ قضى بثبوت ملكية المدعيين للأطيان قد اقام قضاءه على ان المدعى عليه لم يكسب ملكية هذه الأطيان بأى من عقدى شرائه او بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة ، كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأطيان الى المدعيين من آخر كان قد اشتراها فى حين أنهما ليسا من ورثته ، ولم يتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشترى واخوته ولا عن كيفية افادته ملكية المدعيين — متى كان الحكم قد اقام قضاءه على ذلك فانه يكون قاصرا مستوجب النقض (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ =

وما دام المألوف هو أن يكون الحائز للشيء هــو المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق ، فقد يرفع المطالب بالملكية هذه الدعوى عــــلى الحائز (١) ، فيعمد بعد اعلانه بالدعوى ، الى التخلى عن الحيازة ، أو يتخلى عنها قبل الاعلان وهو سيىء النية أى يعلم ان الاعلان بالدعوى وشيك الوصول اليه • ويكون غرض الحائز من تخليه عن الحيـــازة أن يربك المدعى ، وأن يدفع دعوى الاستحقاق بانعدام صفته كمدعى عليه فى هذه الدعوى اذ أنه لا يحوز الشيء المدعى بملكيته (٢)• فاذا أثبت المدعى أن المدعي عليه كان يحوز الشيء ، وأنه تخلى عن الحيازة بعد الاعلان أو قبل الاعلان وهو سيىء النية ، حكم القاضى على المدعى عليه بالزامه أن يستعيد الشيء على نفقته ليرده الى المدعى بعد أن يثبت هذا ملكيته اياه ، أو أن يوفى قيمته الى المدعى مع التعويض ان كان له محل • واذا استطاع المالك بعد ذلك أن يكشف عن الحائز الجـــديد للشيء المدعى بملكيته ، جاز له أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق • فاذا ما أثبت ملكيته تجاه الحائز الجديد واسترد الشيء ، كان عليه أن يرد للحـــائز الأول ما عسى أن يكون قد استوفاه منه مقابل الشيء ، بعد استنزال ما يكون قــد طرأ عــلى الشيء من نقص فى قيمته ، واستنزال التعويض الذى

= مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٩٩٣) — وانظر ايضا نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ١ ص ٢٨ — ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى فى خمســة وعشرين عاما ١ ص ٢٨ •

(١) حتى لو كان الحائز يحوز لحساب غيره ، اذ عليه فى هذه الحالة ان يعلن اســم هذا الغير حتى يدخله المدعى خصــما فى الدعوى (بودرى وشوفو فقرة ٢٣٣ — أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٢٧ — ص ٥٢٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٥ ص ٣٥١) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الاقرار بالملكية هو نزول من المقر عن حقه فى مطالبة خصمه باثبات ما يدعيه من ملكية واخبار منه بملكية سابقة للمقر له وحجة على المقر دون حاجة الى تسجيل طالما صدر منه عــن ارادة حرة ويضـــحى دليلا للمقر له فى اثباته للملكية قبل المقر بما يجيز له طلب الحكم بصحته ونفاذه •

(نقض مدنى فى ١٥ يونيه سنة ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ رقم ١٣٥ صفحة ٧٦٧) •

يستحقه عن الضرر الذى أصابه من حـرمانه الانتفاع بالشىء (١) .
وليس فى كل ذلك الا تطبيق للقواعد العامة ، وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا يورد هذه الأحكام ، فكانت المادة ١١٦٧ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : « ١ — يجوز أن ترفع دعوى الاستحقاق على من تخلى من تلقاء نفسه عن حيازته للشىء وكان ذلك بعد اعلانه بالدعوى ، وعلى من تخلى قبل الاعلان اذا كان سىء النية . — ٢ — وعند ذلك يكون المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق ملـــزما أن ان يستعيد الشىء على نفقته ليرده الى المالك ، فاذا لم يستطع فعليه أن يوفيه قيمته مع التعويض اذا كان له محل . ٣ — على أنه يجوز للمالك أن يسترد الشىء من الحائز الجديد . فاذا ما استرده كان ملزما أن يرد الى الحائز الأول ما عسى أن يكون قد استوفاه منه مقابل الشىء ، بعد استنزال ما يكون قد طرأ على الشىء من نقص فى قيمته » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » (٢) .

---

(١) ومن ذلك ان يمتنع على المالك أن يسترد الثمار من حائز جـديد حسن النية (عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٠٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ — ص ٢٣ — وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « والأصل فى دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز ، فهو المدعى عليه دائما فى هذه الدعوى . على أنه قد يتحايل فيتخلى عن الحيازة ، سـواء كان ذلك بعـد اعلانه بدعوى الاستحقاق أو قبل اعلانه ، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يدفع الدعوى بأنه غير ذى صفة فيها لتخليه عن الحيازة ، بل يبقى مدعى عليه . وفى هذا توسع فى دعوى الاستحقاق ، نقل عن المشروع الايطالى (م ٢١/٢ و ٣ و ٤) . على أن الدعوى فى هذا الفرض تكون أقرب الـى الدعوى الشـــخصية منها الى الدعـوى العينية . فان المتخلى عن الحيازة يحكم بالزامه أن يستعيد الشىء على نفقته ليرده الى المالك فى ميعاد يحـدده الحكم ، والا الزم بدفع مبلغ يحدده الحكم أيضا على سبيل التعويض . وظاهر أن هذا التزام مبنى على العمل غير المشروع الذى أتى به المتخلى عن الحيازة . وقد يتفق أن المالك بعد أن يستوفى التعويض يعرف الحائز ، فيرفع عليه دعوى الاستحقاق ويسترد منه ملكه ، وعليه فى هذه الحالة أن يرد للمتخلى عن الحيازة ما استوفاه من التعويض بعد استنزال ما يكون قد طرأ على الشىء من نقص فى قيمته ، وبعـد استنزال التعويض الـذى يستحقه عن الضرر الذى أصابه من حرمانه الانتفاع الشىء . على أنه لا يوجد ما يمنع المتخلى عن الحيازة ، اذا رفعت عليه دعوى الاستحقاق على الوجه =

٣٦٩ — دعوى الاستحقاق المنقولة — الحالة :

فاذا كان الشىء المدعى ملكيته منقولا ، ورفع المدعى دعوى الاستحقاق على حائز المنقول ، فان الحائز يستطيع دفع هذه الدعوى بالقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية . فترفض دعوى المدعى حتى لو أثبت ملكيته للمنقول ، فان الحيازة تكون فى هذه الحالة قد نقلت الملكية الى المدعى عليه . والمفروض فى ذلك أن يكون الحائز حسن النية وقد تلقى المنقول من غير المدعى ، فيكون قد تعامل مع غير المالك ، فتنتقل الحيازة اليه ملكية المنقول . أما اذا كان الحائز قد تلقى المنقول من المدعى نفسه ، فان قاعدة الحيازة لا مجال لها هنا ، والمدعى لا يرفع فى هذا الفرض دعوى الاستحقاق على الحائز ، بل يقتصر على الطعن فى السبب الذى تلقى به الحائز المنقول منه ، فيتمسك مثلا بأنه سبب غير ناقل للملكية فهو ايجار أو عارية أو وديعة أو نحو ذلك ، أو يتمسك بأنه سبب ناقل للملكية ولكنه معيب بما يجعله معدوم الأثر (١) .

فدعوى الاستحقاق فى المنقول لا ترفع اذن الا فى المنطقة التى تعمل فيها قاعدة الحيازة ، وعندئذ تحسم الحيازة النزاع فى الملكية ، فانها اذا استوفت شرائطها وكانت مصحوبة بالسبب الصحيح وحسن النية نقلت ملكية المنقول الى الحائز ، وانحسم النزاع فى دعوى الاستحقاق (٢) . فنحيل اذن فى دعوى الاستحقاق المنقولة الى ما سيجىء عند الكلام فى قاعدة الحيازة .

الذى تقدم ، ان يدخل الحائز خصما ثالثا فى الدعوى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤ — ص ٢٥) .

(١) مازو فقرة ١٦٢٩ وفقرة ١٦٣٢ ص ١٣٠٠ .

(٢) أما اذا لم تستوف قاعدة الحيازة شرائطها ، بأن لم يكن هناك مثلا سبب صحيح او كان الحائز سىء النية ، فان الحيازة لا تنقل الملكية الى المدعى عليه . ويجوز اذن للمدعى فى دعوى استحقاق المنقول ان يثبت ملكيته للمنقول ، ولو بحيازة سابقة مقرونة بحسن نية وسبب صحيح ، فيسترد المنقول من الحائز .

وعلى ذلك ترفع دعوى الاستحقاق فى المنقول اذا كان الحائز سىء النية ، فعندئذ يستطيع المالك ان يسترد المنقول من الحائز ما لم يكن هذا الأخير قد تملكه بالتقادم المكسب بمضى خمس عشرة سنة . كذلك يمكن ان =

ونقتصر هنا على الكلام فى دعوى استحقاق العقار ، واذا أطلقنا عبارة « دعوى الاستحقاق » قصدنا بها دعوى الاستحقاق العقارية •

٣٧٠ — دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة :

تحمى الحيازة دعاوى ثلاث تسمى بدعاوى الحيازة (action possessoires) وهى دعوى استرداد الحيازة اذا فقدها الحائز ، ودعوى منع التعرض اذا بقيت الحيازة للحائز ولكن تعرض له فيها أحد ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة اذا هدد الحائز فى حيازته بأعمال لو تمت كانت تعرضا لهذه الحيازة •

ويقابل دعاوى الحيازة الثلاث هذه دعاوى ملكية (actions pétitoires) ثلاث ، مهمتها حماية الملكية لا الحيازة • فيقابل دعوى استرداد الحيازة دعوى استرداد الملكية وهذه هى دعوى الاستحقاق ، ويقابل دعوى منع التعرض فى الحيازة دعوى منع التعرض فى الملكية ، ويقابل دعوى وقف الأعمال الجديدة فى الحيازة دعوى وقف الأعمال الجديدة فى الملكية •

ولما كانت دعاوى الحيازة لا تقتضى الا أن يثبت المدعى حيازته مستوفية لشرائطها ، أما دعاوى الملكية فتقتضى أن يثبت المدعى ملكيته للشىء وهو اثبات أشد مشقة بكثير من اثبات مجرد الحيازة ، لذلك يلجأ المالك عادة الى دعاوى الحيازة ليحمى بها حيازته • ولا يتكلف مشقة الاثبات بعد ذلك كما قدمنا ، بل على من يدعى الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز ، ويتحمل هو دون الحائز عبء اثبات الملكية ، وهو عبء شاق كما سبق القول • ومن ثم حلت دعاوى الحيازة فى العمل محل دعاوى الملكية ، وأغنت عنها فى كثير من الأحوال (١) •

= ترفع دعوى استحقاق المنقول على الحائز حسن النية اذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا ، فعندئذ يكون للمالك رفع دعوى الاستحقاق فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع . ولا تعتبر مدة ثلاث السنوات مدة تقادم مسقط ، بل هى مدة اسقاط تشل فى خلالها قاعدة الحيازة حتى يتسنى للمالك العثور على الشىء الضائع أو الكشف عن الشىء المسروق •

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التعرض المستند الى أمر ادارى =

وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من قانون المرافعات — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — انه لا يجوز للمدعي أن يجمع بين دعوى الحيازة ذاتها بموضوع الحق أو أن يرفع دعوى الحيازة مستقلة عن دعوى الملكية ، والعبرة في تكييف الدعوى هي بحقيقة المطلوب فيها (١) .

وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصا يعدد دعاوى الملكية ، فكانت المادة ١١٦٥ من هذا المشروع تنص على أن « لمالك الشيء أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق ، وأن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن التعرض ، واذا خشي تعرضا كان له أن يطالب بمنع وقوعه » (٢) . وجاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « والوسيلة الثانية لحماية حق الملكية هي

= اقتضته مصلحة عامة لا يصلح اساسا لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض وذلك لما يترتب حتما على الحكم لصالحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية (نقض مدني في ٧ مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٨١ صفحة ٥٣٨) .

(١) نقض مدني في ٣١ مارس سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ رقم ١٨٦ صفحة ١٠٠٣ .

كما قضت محكمة النقض بانه لايجوز الحكم في دعاوى الحيازة على اساس ثبوت الحق أو نفيه . فاذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع التعرض للطاعن في المرور بالطريق الموصل الى ارضه تأسيسا على استيفائه للشرائط القانونية التي تحمي يده على ارتفاق المرور ولم تؤسس على ثبوت حق الارتفاق في المرور وتملكه له ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضي برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور الذي يخوله القانون لمن كانت ارضه محبوسة عن الطريق طبقا للمادة ٨١٢ من القانون المدني ، يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه (نقض مدني في ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ صفحة ٥٥١) .

— كما قضت محكمة النقض بانه لا يقبل من المدعي عليه في دعوى الحيازة دفعها بالاستناد الى نفي الحق (نقض مدني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ صفحة ١١١٢) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ .

دعاوى الملكية التى وضعت على غــرار دعاوى الحيازة ، ولكن هــــذه أكثر استعمالا لسهولتها . فللمالك أن يسترد ملكه من أى يد كانت وهذا ما يسمى بدعوى الاستحقاق ، وله أن يطلب منع تعرض الغير لملكه ، وايقاف كل عمل لو تم لكان تعرضا . ولكنه فى هذه الدعاوى الثـلاث يطالب باثبات حق ملكيته . وأهم هذه الدعاوى وأكثرها انتشارا هى دعوى الاستحقاق . والأصل فى دعوى الاستحقاق أن ترفــع عـــلى الحائز ، فهو المدعى عليه فى هذه الدعوى » (١) . هذا وقد حذف نص المادة ١١٦٥ من المشروع التمهيدى ســالف الذكر فى لجنــة المراجعــة « اكتفاء بالقواعد العامة » (٢) .

٣٧١ — عدم سقوط دعوى الاستحقاق بالتقادم — احالة :

ترفع دعوى الاستحقاق فى أى وقت يرى من يدعى ملكية الشىء رفعها فيه ، فليس لها أجل محدد تزول بانقضائه . واذا كانت الحقوق العينية الأخرى تزول بعدم الاستعمال مدة معينة ، وكانت الحقــوق الشخصية تزول هى أيضا بالتقادم المسقط ، فان حق الملكية ، دون غيره من الحقوق ، لا يزول بعدم الاستعمال . ومن ثم لا تسقط دعـــوى الاستحقاق بالتقادم . ويستوى فى ذلك العقار والمنقول ، فدعـــوى الاستحقاق فى كل منهما لا تسقط بالتقادم (٣) .

ومهما طالت المدة التى يخرج فيها الشىء من حيازة مالكه ، فانه لا يفقد ملكيته بعدم الاستعمال ، ويستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق بعد خمس عشرة سنة أو ثلاثين أو أربعين أو أكثر . ولكن اذا كان

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣ .

(٣) وذلك صحيح فى مصر ، وكذلك فى فرنســا بالرغم من أن المــادة ٢٢٦٢ مدنى فرنسى تقضى بأن كل الدعاوى ، عينية كانت أو شــخصية ، تسقط بالتقادم بمضى ثلاثين سنة . وذلك راجع الى ان حق الملكية حق دائم فلا يسقط بالتقادم (انظر فى هذا المعنى مازو فقرة ١٦٢٨ ص ١٢٩٧ — وانظر فى سقوط دعاوى استحقاق المنقول بالتقادم بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقــرة ٣٥٤) .

الشيء الذي خرج من حيازته دخل في حيازة شخص آخر ، واستطاع هذا الشخص الآخر بموجب هذه الحيازة أن يكسب ملكية الشيء بالتقادم ، فان المالك الأصلي تزول عنه الملكية ولا يستطيع أن يرفع الاستحقاق على الحائز الذي ملك بالتقادم . ويرجع ذلك ، لا لأن المالك الأصلي قد فقد ملكيته بعدم الاستعمال أو سقطت دعواه في الاستحقاق بالتقادم المسقط ، ولكن لأن هناك شخصا آخر قد حاز الشيء وكسب ملكيته بالتقادم المكسب .

وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه لا تسقط بالتقادم لكون حق الملكية حقا دائما لا يسقط بعدم الاستعمال ، ومطالبة المالك بقيمة العقار محل الغصب تعتبر مطالبة بالزام المدين الغاصب بتنفيذ التزامه بالرد بطريق التعويض في حالة تعذر التنفيذ عينا ذلك ان التنفيذ العيني هو الأصل ولا يستعاض عنه بالتعويض النقدي الا اذا استحال التنفيذ العيني ، لما كان ذلك فان دعوى المطالبة بقيمة العقار موضوع الغصب لا تسقط بالتقادم وان كان الغاصب يستطيع ان يدفعها بتملك العقار بالتقادم المكسب (١) .

كما قضت محكمة النقض بأن الحكم المقرر لحق الملكية لا يسقط بالتقادم وينتج أثره ولو لم ينفذ ، ولا يجوز اطراحه الا اذا توافرت لدى المحكوم ضده بعد تاريخ الحكم شروط وضع اليد على العقار المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وذلك لأن حق الملكية حق دائم لايسقط بمجرد عدم الاستعمال مهما طال الزمن (٢) .

وقد فصلنا كل ذلك فيما تقدم عند الكلام في دوام حق الملكية ،

---

(١) نقض مدني في ٢٨ مارس سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٤٥ صفحة ٨١٩ .

(٢) نقض مدني في ٢٩ يناير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٧٢ صفحة ٣٦٠ .

فنحيل هنا الى ما قدمناه هناك (١) .

٣٧٢ — ما يستتبع الحكم بالاستحقاق من حقوق فى الرد :

فاذا حكم للمدعى فى دعوى الاستحقاق باستحقاقه للعقار المدعى بملكيته ، فانه يحكم فى الوقت ذاته على المدعى عليه الحائز للعقار بالزامه بتسليم العقار الى المدعى . وقد يكون المدعى عليه هذا قد اشترى العقار من غير مالك ودفع له الثمن ، فلا يرجع بالثمن على المدعى الذى استحق العقار لأن هذا لم يكن طرفا فى عقد البيع . وليس ملتزما بالضمان (٢) . وانما يرجع المدعى عليه بالثمن وبضمان الاستحقاق على البائع الذى اشترى منه العقار ، وفقا لما تقضى به القواعد العامة فى ضمان المبيع (٣) .

ويفتح الحكم باستحقاق المدعى للعقار أبوابا لرجوع المالك على حائز العقار ، ولرجوع حائز العقار على المالك . فهناك من جهة الثمار والمنتجات وهلاك الشىء أو تلفه ، وقد يستوجب ذلك رجوع المالك على حائز العقار . وهناك من جهة أخرى المصروفات التى قد يكون حائز العقار أنفقها والمنشآت التى قد يكون قد أقامها ، وهذه تستوجب رجوع الحائز على المالك . وقد أورد التقنين المدنى أحكام كل ذلك فى مواضع مختلفة ، أهمها المكان الذى أورد فيه أحكام الحيازة والمكان الذى أورد فيه أحكام الالتصاق ، وسنبحث كل مسألة منها فى المكان الذى خصصه لها التقنين المدنى .

ونكتفى هنا بايراد بعض النصوص التى عرضت لهذه المسائل . ففيما يتعلق بالثمار تقضى المادة ١/٩٧٨ مدنى بأن « يكسب الحائز مايقبضه من ثمار ما دام حسن النية » ، وتقضى المادة ٩٧٩ مدنى بأن

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٣٠ .

(٢) وذلك حتى لو كان المدعى عليه قد اشترى العقار فى المزاد العلنى تنفيذا لدين (اوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٩) .

(٣) لكن اذا كان المدعى عليه قد استعمل جزءا من الثمن فى سداد تكاليف عينية كانت تثقل العقار ، فانه يرجع بذلك على المدعى الذى استفاد من زوال هذه التكاليف (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٣٥٩) .

« يكون الحائز سيىء النية مسئولا من وقت أن يصبح سيىء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير انه يجوز ان يسترد ما أنفقه في انتاج هذه الثمار » • أما المنتجات ، وهي غير الثمار الدورية المتجددة ، فهذه يردها الحائز جميعا — هي أو قيمتها — للمالك ، وفيما يتعلق بالهلاك أو التلف نصت المادة ٩٨٣ مدني على أنه « ١ — اذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقا لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشيء اليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع ، ٢ — ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف ، الا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف »• ونصت المادة ٩٨٤ مدني على أنه « اذا كان الحائز سيىء النية ، فانه يكون مسئولا عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجيء ، الا اذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه» •

وفيما يتعلق بالمصروفات قضت المادة ٩٨٠ مدني بأنه : « ١ — على المالك الذي يرد اليه ملكه أن يؤدي الى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية • ٢ — أما المصروفات النافعة فيسري في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ (الخاصتين بالالتصاق) • ٣ — فاذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء الى حالته الأولى ، الا اذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة » ، وفيما يتعلق بالمنشآت فأنها تصبح ملكا للمالك بحكم الالتصاق ، ويعوض المالك من أقام المنشآت طبقا للقواعد المنصوص عليها في المواد ٩٢٣ — ٩٣٠ مدني، وسيأتي تفصيل أحكامها عند الكلام في الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية •

٣٧٣ — اثبات الملكية في دعوى الاستحقاق :

أشق مسألة في دعوى الاستحقاق هي مسألة اثبات الملكية ، ويقع عبء الاثبات على عاتق المدعي (١) كما قدمنا • ووجه المشقة في هذه

---

(١) فاذا لم يقم المدعي باثبات ملكيته رفضت دعواه ، وليس على =

المسألة هو أن الملكية حق شامل جامع مانع كما سبق القول . وهو نافذ تجاه الناس كافة • ولا يعرف القانون سندا يثبت الملكية اثباتا مباشرا حاسما على هـذا النحـو ، الا عن طريق السـجل العينى (Liver Foncier) فمجرد تسجيل العقار باسم شخص معين فى هذا السجل دليل قاطـع على ملكية هذا الشخص للعقار بالنسبة الى الكافة •

وما دام السجل العينى لم يعمم فى مصر حتى الآن ، فانه لا يتوافر فى الوقت الحاضر هذا الدليل المباشر الحاسم على الملكية ، فلابد اذن من الالتجاء الى طرق غير مباشرة والى القرائن فى اثبات الملكية ، كما هـو الأمر فى فرنسا التى لم يوجد فيها السجل العينى حتى اليوم • وقد لجأ القضاء ، وسار على أثره الفقه ، فى فرنسا وفى مصر ، الى سلسلة مـن القرائن والاحتمالات ليست هى فى ذاتها دليلا مباشرا حاسما على الملكية ، ولكنها على كل حال توحى ، بقدر ما يستطاع فى الظروف الخاصة لكـل قضية ، بأن الخصم الذى قدم هذه القرائن يغلب أن يكون هو المالك ، أو فى القليل يكون قد قدم احتمالات أرجح وقرائن أقوى من الاحتمالات والقرائن قدمها خصمه (١) •

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان الخبير قد فصـل فى الملكية بين الطرفين وهو ممتنع عليـه ، وكان الحكم المطعون فيـه قد اكتفى باعتماد تقرير الخبير فى هذا الخصوص دون أن يفصـل فى ملكية هذا القدر وهى مسألة قانونية تخرج عن مأمورية الخبير الذى تقتصر مهمته على تحقيق الواقع فى الدعوى وابداء رأيـه فى المسـائل الفنية التى يصعب على القاضى استقصاء كنهها بنفسه ، فان الحكم يكون قد أخطأ

= المحكمة ان تبحث فى ملكية المدعى عليه . وقد قضت محكمة النقض بأنه بحسب المحكمة لرفض دعوى الملكية أن تستند فى ذلك الى عجز المدعى عن اثبات دعواه ، دون أن تكون بحاجة الى بيان أساس ملكية المدعى عليه ، ومن ثم فان النعى على خطأ الحكم المطعون فيه فيما استطرد اليه تزيدا فى شأن التدليل عـلى ملكية المدعى عليه فى دعوى الملكية يكون غير منتج (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٨ ص ٩٨٥) — وانظر آنفا ص ٥٩٤ هامش ٣ .

(١) انظر اوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٢ •

فى تطبيق القانون وعليه القصور فى التسبيب (١) .

ونتقل الآن الى طرق الاثبات التى أقرها القضاء والفقه فى اثبات حق الملكية ، وقد كان للفقهين المعروفين أوبرى ورو الفضل الأول فى دعم هذه الطرق فى الفقه وفى توجيه القضاء فى تنظيمها وترتيبها بحسب قوتها والمفاضلة فيما بينها (٢) .

٢ — طرق اثبات الملكية فى دعوى الاستحقاق (*)

٣٧٤ — طرق اثبات دلالتها يقينية :

قدمنا أن اثبات الملكية على وجه حاسم قاطع عن طريق سند تمليك يثبتها بطريق مباشر أمر متعذر . ولبيان ذلك نفرض أن المدعى فى دعوى الاستحقاق قدم عقد شراء سندا لملكيته ، فذلك لايكفى ، اذ يجب أن يثبت أيضا أنه اشترى من مالك حتى تكون الملكية قد انتقلت اليه . فاذا هو قدم سند ملكية البائع له ، وهو أيضا عقد شراء صادر له من سلفه ، فذلك لايكفى ، اذ يجب أن يثبت أن البائع لبائعه كان مالكا وقت أن باع للبائع . ثم ان عقد الشراء الصادر لبائع البائع لايكفى هو أيضا ، اذ يجب أن يثبت أن البائع لبائع البائع كان مالكا وقت أن باع . وهكذا تتسلسل سندات التمليك الى ما لا نهاية ، ويكون الدليل الذى يطالب به المدعى أمرا متعذرا ، بل هو كما يقال دليل شيطانى (probatio diabolica) ، ومن ثم يتبين فى وضوح أنه لايمكن السير فى هذا الطريق .

---

(١) نقض مدني فى ٥ ابريل سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ رقم ٢٠٠ صفحة ١٠٧٣ .

(٢) مارتى ورينو فقرة ٢٢٢ ص ٢٣٠ .

(*) مراجع :

E. Lévy فى اثبات الملكية العقارية بسند التمليك رسالة من باريس سنة ١٨٩٦ — Sandino فى اثبات الملكية العقارية فى القانون الفرنسي رسالة من اكس سنة ١٩٠٨ — Grosser فى اثبات الملكية والحقوق المتفرعة عنها رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — Bentkowski — فى اثبات الملكية العقارية رسالة من مونبلييه سنة ١٩١٩ Panline Mendelssion فى اثبات الملكية العقارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ .

والذى يمكن الوقوف عنده ، طريقا لاثبات الملكية ذا دلالة يقينية، طرق ثلاثة :

(الطريق الأول) السجل العينى (Liver Foncier) ، فمهمة هذا السجل أن يجعل تسجيل ملكية العقار ذا دلالة يقينية قاطعة . وهو حجة على الكافة ، فمتى سجل عقار فيه باسم شخص معين كان هذا الشخص هو المالك ، ما فى ذلك من ريب . ولكن السجل العينى لم يعمم بعد فى مصر ، فوجب التماس طريق آخر .

(الطريق الثانى) التقادم المكسب الطويل أو القصير : وهذا طريق آخر للاثبات ذو دلالة يقينية قاطعة فى ثبوت الملكية ، فمتى أثبت المدعى أنه حاز العقار ، هو وسلفه من قبله ، مدة خمس عشرة سنة متواليات دون انقطاع وأن حيازته هذه قد استوفت شرائطها . فقد تملك العقار بالتقادم وكان هذا دليلا قاطعا على ملكيته (١) ، وهو حجة على الكافة ما فى ذلك من ريب (٢) . بل يستطيع المدعى ، اذا كان

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاساس التشريعى للتملك بمضى المدة الطويلة هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ، فمتى استوفى واضع اليد الشروط القانونية التى تجعله سببا مشروعا ، جاز لصاحبه التملك ، ولا يحول دون ذلك التزامه بضمان التعرض لان التقادم سبب قانونى للتملك لاعتبارات ترجع الى وجوب استقرار التعامل . ويستطيع غير المالك ولو كان ملتزما بالضمان ان يتملك بهذا السبب لانه ليس فى القانون ما يحرمه من ذلك . (نقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ صفحة ٨٣٩) .

(٢) ويجب التثبت ، حتى يستغنى بالتقادم عن أى سبب آخر ، من ان التقادم قد استوفى شرائطه ومدته . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الواقع فى الدعوى ان محكمة الموضوع اسست قضاءها برفض دعوى الطاعن بطلب تثبيت ملكيته للعين موضوع النزاع على ثبوت حيازة المطعون عليه لها دون انقطاع مدة تزيد على ١٥ سنة وأن هذه الحيازة ثبتت له خاصة منذ شرائه لتلك العين فى سنة ١٩٢٩ وثبتت ايضا للبائعة له من سنة ١٩٢٣ . وقد استغنت محكمة الموضوع بثبوت الحيازة للمطعون عليهما الأول والثانية على النحو المتقدم ، ويضم مدة وضع يدها الى مدة وضع يده ، عن بحث ما يدعيه الطاعن من ملكيته للعين المتنازع فيها بموجب عقوده المسجلة ، بما يتأدى منه أن هذا البحث غير مجد ما دام أن العقود المقدمة من كلا الطرفين ترجع ملكية العين الى أصلين مختلفين . كما استغنت =

حسن النية ومعه سبب صحيح ، أن يتملك العقار بحيازته مدة خمس سنوات متواليات . ويكون التقادم القصير فى هذه الحالة دليلا قاطعا على الملكية . ولكن التقادم المكسب ، طويلا كان أو قصيراً ، غير متيسر فى أكثر الاحيان . فمدة الخمس العشرة سنة مدة طويله ، ومدة الخمس السنوات يجب أن يصحبها السبب الصحيح وحسن النية . والمدتان قد يقف سريانهما أو ينقطع لأسباب مختلفة . وعند ذلك لا تحسب مدة الوقف ، بل لا يحسب فى حالة الانقطاع ما سرى من المدة أصلا ويجب ابتداء مدة جديدة .

(الطريق الثالث) الحيازة اذا استوفت شرائطها ، وبوجه خاص اذا لم تقترن باكراه ولم تحصل خفية ولم يكن فيها لبس (١) . فعند ذلك تكون الحيازة قرينه قانونية على الملكيه . ولكنها قرينه غير قاطعة ، فهي دليل على الملكية الى أن يقوم الدليل على العكس . وهناك نص صريح فى هذا المعنى ، فقد نصت المادة ٩٦٤ مدنى على أن « من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه . حتى يقوم الدليل على العكس » (٢) .

= عن بحث ما أدعاه الطاعن من أن المطعون عليها الثانية شخصية وهمية لا وجود لهـا ، بمقولة ان هذا البحث أيضا غير مجد لتعلق النزاع بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية . فان هـذا النظر . الذى تأسس عليه قضاء الحكم المطعون فيه ، يكون مشوبا بالقصور . ذلك ان التفات الحكم المطعون فيه عن تحقيق ما تمسك به الطاعن من أن المطعون عليها الثانية شخصية وهمية لا وجود لها كان من نتيجته عدم الاعتداد بما تقدم به الطاعن من مستندات للتدليل على ملكيته ، كما كان من نتيجته القول بتوافر مدة التقادم مع ما هو واضح من ذات الحكم المطعون فيه من ان هذه المدة لا تكون مكتملة اذا ما تبين أن المطعون عليها لم تكن ذات وجود فعلى ، اذ يمتنع فى هذه الحالة اسناد اية حيازة لها (نقض مدنى ١٤ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٥٨) .

(١) وحتى لو كانت الحيازة معيبة ، فان الحائز يبقى مدعى عليه فى دعوى الاستحقاق ، وعلى المدعى ان يثبت ملكيته فى حالتى الحيازة الصحيحة والحيازة المعيبة ، فلا فرق اذن فى هذه الناحية بين الحيازتين (مازو فقرة ١٦٣٥) .

(٢) وقد جعل التقنين المدنى الحيازة المادية قرينة غير قاطعة على الحيازة القانونية ، فنصت المادة ٩٦٣ مدنى على أنه « اذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة موقتة ان حائزة هو من له الحيازة المادية ، الا اذا ظهر انه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معينة » .

والحيازة على كل حال طريق لاثبات الملكية ذو دلالة يقينية ، اذ هى تفرض فى الحائز أنه المالك ، وتنقل عبء اثبات الملكية من عاتقه الى عاتق خصمه . لولا انها دليل غير قاطع ، فيجوز للخصم غير الحائز أن يقيم الدليل على انه ، دون الحائز ، هو المالك (١) .

٢٧٥ — طرق اثبات دلالتها ظنية :

ويوجد الى جانب طرق الاثبات ذات الدلالة اليقينية التى قدمناها طرق اثبات ذات دلالة ظنية . فهى قرائن قضائية تثبت احتمالات راجحة (probabilités) ، ولكنها لا تثبت الملكية على وجه يقينى .

وأول هذه الطرق هو سند التمليك (titre) ويقصد بسند التمليك سند صادر للخصم يفيد ثبوت الملك له ، دون اعتبار لما اذا كان هذا قد صدر من مالك أو من غير مالك . ولذلك تكون دلالة السند ظنية ، ويؤخذ على أنه مجرد قرينة قضائية تفيد احتمالا راجحا ، ويترك ذلك لتقدير القاضى . ولما كان السند مجرد قرينة قضائية ، فلا يشترط فيه أن يكون مسجلا ، أو أن يكون ناقلا للملكية بل يصح أن يكون كاشفا عن الملكية لا ناقلا لها . فيستطيع الخصم اذن ، كما يتمسك بعقد بيع أو هبة قرينة على ملكيته (٢) ، أن يتمسك أيضا بعقد صلح أو قسمة أو حكم قضائى وكل ذلك كاشف عن الملكية لا ناقل لها (٣) . واذا تمسك بحكم قضائى . فليس من الضرورى أن تراعى فيه شروط حجية الأمر

---

(١) نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض السنة ٧ ص ١٦٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ١٢٣ .

(٣) نقض فرنسى ٢٢ يونيه سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ — ١ — ٤١٢ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٦ — ١ — ٥ — ٢٠ مارس سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٩ — ١ — ٦٢ — ٣ يناير سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ٤٤١ . وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣١٦ — واذا قدم أحد الخصمين سندا ، جاز للقاضى أن يستخلص من هذا السند قرينة لصالح الخصم الآخر (نقض فرنسى ٢٢ مايو سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥ — ١ — ٤٧٣ — ٣١ مارس سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٨ — ١ — ٤١٨ — ٢٠ مارس سنة ١٨٨٨ سيريه ٨٩ — ١ — ٦٢) .

المقضى ، فقد يتمسك بالحكم على خصمه دون أن يكون هذا طرفا فى الدعوى التى صدر فيها الحكم • واذا تمسك بعقد ، فليس من الضرورى أن يكون الخصم طرفا فى هذا العقد • وذلك لأن كلا من الحكم والعقد لا يعتد به هنا الا على أنه مجرد قرينة قضائية لا تفيد الا مجرد احتمال ، ويجوز دحض دلالته الظنية بقرينة أخرى أقوى منه (١) •

ويأتى بعد سند التمليك قرائن أخرى قضائية أقل قوة من سند التمليك • وأهم هذه القرائن المكلفة ، فمن كلف العقار باسمه يستطيع أن يتخذ من ذلك قرينة قضائية على أنه هو المالك (٢) ، الى أن تدحض هذه القرينة بقرينة أقوى منها • كذلك يعتبر دفع الأموال (ضرائب الأراضى الزراعية) والعوايد (ضرائب المبانى) قرينة قضائية على أن من يدفع هذه الضرائب هو المالك ، ولكنها قرينة يجوز دحضها هى الأخرى بقرينة أقوى منها • وقد تكون حدود العقار وعلامات هذه الحدود القائمة ، أو خريطة فك الزمام (٣) ، أو غير ذلك ، قرائن

---

(١) نقض فرنسى ٢٢ يونيه سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ — ١ — ٤١٢ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٦ — ١ — ٥ — ٨ يوليه سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ — ١ — ٣٣٦ — ٢١ مارس سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤ — ١ — ٢٤٠ — ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٣٢٩ — ٥ مارس سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ — ١ — ١٩١ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٦ — ١ — ١٢ • ويعتبر الحكم او العقد هنا واقعة مادية (fait matériel) ؛ تستخلص منه القرينة القضائية دون مراعاة لشروط حجية الأمر المقضى او حجية العقد (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٢) •

ولا يجوز أن يكون السند الذى يتمسك به الخصم صادرا منه هو ، فانه لا يجوز لشخص ان يصنع بنفسه دليلا لنفسه ؛ فلا يجوز لبلدية ان تتمسك بخط التنظيم الذى أصدرته هى للتدليل على ملكيتها لعقار معين (اكس ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ٢ — ٤٨٣ — انسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Revendication فقرة ٣١) •

(٢) استئناف مختلط ٢٢ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٧٧ •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بالا حجية لخرائط المساحة فى بيان الملكية ، وانما تعبر فقط عن الواقع المادى (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٩٩٣) — والمكلفة وحدها لا تكفى دليلا على الملكية (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٦ — ٢٩ ابريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٢٨ — ٢٥ ابريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٨ — ٧ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٧ — ٤ =

قضائية على الملكية ، ولكنها كلها بطبيعة الحال يجوز دحضها بقرائن أقوى منها . كذلك يعتبر قرينة قضائية تسجيل سند التمليك (١) ، وسندات الشركاء على الشيوع (٢) . وتعتبر الحيازة اذا كانت غير مستوفية لشرائطها هي أيضا قرينه قضائية تدحض بقرينة أقوى ، فتنقلب من قرينة قانونية فيما اذا استوفت شرائطها الى محض قرينة قضائية فيما اذا لم تستوف هذه الشرائط (٣) .

٣٧٦ — تعارض طرق الاثبات :

فاذا قدم كل من الخصمين فى دعوى الاستحقاق طرق اثباته ، فتعارضت هذه الطرق : فهناك طريقان قاطعا الدلالة فى الملكية . هما كما قدمنا السجل العينى والتقادم المكسب . فمتى استطاع الخصم أن يثبت ملكيته عن طريق السجل العينى ، اذا كان هذا السجل ساريا فى المنطقة التى فيها العقار المتنازع عليه ، كان هو المالك . ووجب الحكم له بالملك اذا كان هو المدعى ، أو وجب رفض دعوى الاستحقاق اذا كان هو المدعى عليه . فاذا لم يكن السجل العينى ساريا ، واستطاع الخصم أن يثبت أنه تملك العقار المتنازع فيه بالتقادم الطويل أو

= ابريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢٤ — ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٩٣ — ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٠ — ١٠ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٣١) ، ولا الورد المستخلص من المكلفة (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٥٤ — ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣٦ — ٩ ابريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٨ — ١٣ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٤ — ١٧ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٠ — ١٧ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣١٥ — ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٣٨ — ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٤) . والاعلام الشرعى دليل على انصبة الورثة ، ولكنه ليس دليلا على الملكية (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٤٧ — ٢٣ اكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧) . ولا تكفى الشهرة العامة دليلا على الملكية (استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٢) .

(١) مازو فقرة ١٦٤٠ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٢ .

(٣) انظر كاربونييه ص ٢٢٦ — ص ٢٢٧ .

القصير ، كان هو المالك ، ووجب الحكم له بالملكية أو رفض دعـــوى الاستحقاق بحسب الأحوال •

فاذا لم يكن السجل العينى ساريا ، ولم يستطع الخصم أن يثبت الملكية بالتقادم ، فالصورة المألوفة التى تبقى بعد ذلك أن يكون المدعى عليه فى دعوى الاستحقاق هو الحائز للعقار • فيتمسك بالحيازة قرينة قانونية على أنه هو المالك . ويلقى على عاتق خصمه عبء دحض هـذه القرينة (١) • فاذا لم يقـــدم المدعى قرينة اخـرى تدحض قرينـة الحيازة ، رفضت دعواه . وبقى الحائز على حيـازته • أما اذا قـدم المدعى قرينة تعارض قرينة الحيازة . من سند تمليك أو مكلفة أو دفع الضرائب او غير ذلك . وقدر القاضى ان القرينة التى قدمهـــا المدعى تدحض قرينة الحيازة . حكم للمدعى بالملكية . ونزع العقار من يـد الحائز وسلم للمدعى • فالقرينة التى تدحض قرينة الحيازة ينبغى أن يترك امر تقديرها الى القاضى . فهو الذى يقدر ما اذا كانت الاحتمالات المستمدة من الحيـازة اقـوى فيرفض دعـــوى الاستحقاق ، أو أن الاحتمالات المستخلصة من القرائن التى قدمها المدعى هى الاقـــوى فيقضى لـــه بالملكية (٢) • وقد كان يحسن الوقوف عند هـذا الحـد ، الا أن القضاء الفرنسى سار شوطا أبعد : فوضع قواعد مسـتقرة فى هذا الصدد . هى وأن كانت تتفق فى اكثرها مع منطق حق الملكية الا أن بعضا منها تنقصه المرونة الكافية التى يواجه بها الظروف المختلفـــة •

---

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سـنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧ — ١٨ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٠ .

(٢) وقد اراد بعض الفقهاء أن يستخلص من ذلك ان الملكية حـــق نسبى ، فيكون الشخص مالكا بالنسبة الى شخص معين ، وغير مالـــك بالنسبة الى الاشخاص الآخرين (F.m. Lévy) فى اثبات الملكية العقارية عن طريق السند رسالة من باريس سنة ١٨٩٦) . ولكن ذلك لا يستخلص من القضاء الفرنسى ، وكل ما لجأ اليه هذا القضاء هو تحويل محـل الاثبات (déplacement de l'object de preuve) وهـذا امـر مألوف فى نطـاق قواعـد الاثبـــات (انظر بارتان فى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٦ — بلانيـول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٣ ص ٣٥٩ — ص ٣٦٠) .

ويلاحظ فى شأن هذه القواعد ما يأتى :

١ — أنها قائمة على أساس تحويل الاثبات ، فهى أدلة غير مباشرة ، اذ لا يقع الاثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى اذا ثبتت أمكن أن تستخلص منها الواقعة المراد اثباتها . وهذا كما قدمنا ضرب من تحويل الاثبات (déplacement de preuve) من محل الى آخر (١) ، أى نقل للاثبات من محله الأصلى الى محل آخر . فالواقعة المراد اثباتها أى سبب كسب الملكية وهو المحل الأصلى . يزحزح القضاء عنها الاثبات ، ويحوله الى واقعة أخرى قريبة منها . فاذا ثبتت هذه الواقعة الاخرى اعتبر القضاء واقعة سبب كسب الملكية ثابتة (٢) .

٢ — لم يعرض التشريع — لا التقنين المدنى الفرنسى ولا التقنين المدنى المصرى — لشىء من هذه القواعد . وخيرا فعل . ذلك أنه اذا كان يعاب شىء على هذه القواعد . فهو كما قدمنا فقدها المرونة الكافية فى بعض الحالات . فخير اذن أن تبقى قواعد قضائية يكون التحول عنها حين تضيق بالظروف الخاصة للأقضية المختلفة أيسر مما لو كانت قواعد تشريعية (٣) . على أن التقنين المدنى المصرى اورد المبادىء الأساسية لهذه القواعد ، ولكن لا فى اثبات الملكية ، بل فى اثبات الحيازة وهى أهون شأنا وأيسر خطبا من الملكية (٤) .

---

(١) انظر الوسيط الجزء الثانى ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٧٣ ص

(٢) انظر الوسيط الجزء الثانى ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٣٢٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٣ ص ٣٦٠ — ص ٣٦١ .

(٣) ومع ذلك قارن الأستاذ محمد على عرفة وهو يقول : « ومن المؤسف حقا أن يغفل المشرع وضع نظام خاص لاثبات الحقوق العينية على غرار ما فعله بالنسبة الى الحقوق الشخصية ، والا يتدارك المشرع هذا النقص فى التقنين المدنى الجديد » (محمد على عرفة فقرة ١٧٩) .

(٤) فقد نصت المادة ٩٥٩ مدنى ، فى خصوص دعوى استرداد الحيازة والمفاضلة بين حيازتى الخصمين ، على ما يأتى : « ١ — اذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها ، فلا يجوز أن =

٣ — أن هذه القواعد القضائية ليست هي عين قواعـد الدعوى البيليسية (action publicienne) المعروفة فى القانون الرومانى ، وهي الدعـوى التى كان البريطور يعطيها بديلا من دعـــوى الاستحقاق (revendication) (١) ٠

وتعنى هذه القواعد القضائية عناية خاصة بسند التمليك (titre) الذى سبق لنا أن عرفناه (٢) ، اذ هى تميز بين صور ثلاث : (الصورة الأولى) يوجد سند تمليك عند كل من الخصمين ٠ (الصورة الثانية) لا يوجد سند تمليك عند أى من الخصمين ٠ (الصورة الثالثة) يوجد سند تمليك عند أحد الخصمين دون الآخر ٠

٣٧٧ — الصـــورة الأولى — يوجـد ســند تمليـك عند كل من الخصــمين :

فى هذه الصورة الأولى يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون سندا تمليك الخصمين صادرين من شخص واحد ، فيتمسك المدعى مثـلا بسند بيع صـادر مـن شخص

= يسترد الحيازة الا من شخص لا يستند الى حيـازة أحـق بالتفضـيل. والحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى . فاذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند ، لو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيـــازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ ٠ ٢ — أما اذا كان فقد الحيازة بالقـــوة ، فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيــــازته من المعتـدى » ٠

(١) وبالرغم من وجود بعض وجوه الشبه ، الا أن القـواعد التى اقرها القضاء الفرنسى تختلف عن الدعوى البيليسية فى ان هـذه القواعد لا تشترط وجود سند فى يد الخصم فالحيازة تكفى ، ولا تشترط فى السند ان يكون ناقلا للملكية فيجوز أن يكون كاشفا عن الملكية (بلانيول وريبــــير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٣ ص ٣٥٩ — وانظر ايضا اوبرى ورو ٢ فقـــرة ٢١٩ هامش ١ — بودرى وشوفو فقرة ٢٣٨ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٣١٠) . انظر مع ذلك فيمن يقول ان القواعد التى أقرها القضاء الفرنسى استمدها من الدعوى البيليسية : ديرانتون ٤ فقرة ٢٧٣ وما بعدها و ١٦ فقرة ٢١ — ترولون فى التقادم ١ فقـــرة ٢٣٠ وفى البيع ١ فقرة ٢٣٥ — ديمولومب ٩ فقرة ٤٨١ ٠

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٧٥ ٠

معين ، ويتمسك المدعى عليه (الحائز) بسند بيع آخر صادر من نفس هذا الشخص • فى هذا الفرض تكون العبرة بالأسبقية فى التسجيل ، فاذا كان السندان مسجلين فأسبقهما تسجيلا هو الذي يعتد به ويقضى لصالح صاحبه ؛ وان كان أحدهما دون الآخر هو المسجل فصاحب السند المسجل هو الذي يقضى لصالحه •أما اذا كان كلا السندين غير مسجل ، فأسبقهما فى التاريخ هو الذى يعتد به ويقضى لصالح صاحبه (١) •

(الفرض الثانى) أن يكون السندان صادرين من شخصين مختلفين ، فيتمسك المدعى مثلا بسند بيع صادر له من (أ) ، فى حين أن المدعى عليه (الحائز) يتمسك بسند بيع صادر له من (ب) • ويذهب القضاء الفرنسى فى هذا الفرض الى التمييز بين حالتين : (الحالة الأولى) أن تكون حيازة المدعى عليه غير محققة ، بأن كانت غير واضحة وضوحا كافيا (non suffisamment caractérisée) أو كانت معيبة كأن تكون غامضة • ففى هذه الحالة لا يستطيع المدعى عليه أن يرجح المدعى عن طريق الحيازة ، ولا يبقى الا المفاضلة بين سندى الخصمين ، فالسند الذى تراه المحكمة أقوى دلالة فى الاثبات تقضى لصالح صاحبه • ولا تفضل المحكمة حتما السند الأسبق فى التاريخ (le titre le plus ancien) ، ولكن الأسبقية فى التاريخ يعتد بها عاملا من عوامل التفضيل الى جانب العوامل الأخرى (٢) • (الحالة الثانية) أن تكون حيازة المدعى عليه حيازة محققة مستوفية

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٢٤٩ — مازو فقرة ١٦٤٢ — ويلاحظ انه لو كان السندان الصادران من شخص واحد هما وصيتان ، فان صاحب الوصية اللاحقة يفضل على صاحب الوصية السابقة ، لأن الوصية اللاحقة تنسخ الوصية السابقة (محمد على عرفة فقرة ١٨٣ ص ٢٣٢)

(٢) نقض فرنسى ٦ يناير سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ — ١ — ٤٩ — أول يونيه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ١ — ٥٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٥ — ص ٣٥٦ — وقرب استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٧ — ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤٨ •

لشرائطها . وتقضى المحكمة فى هذه الحالة لصالح المدعى عليه وترفض دعوى الاستحقاق ، لأن كلا من الخصمين قدم سندا يعادل السند الذى قدمه الخصم الآخر ، فيتهاتر السندان ، ويبقى المدعى عليه راجحا بحيازته المحققة . ويستوى فى ذلك أن يكون سند المدعى عليه سابقا فى التاريخ على سند المدعى أو متأخرا عنه ، كما يستوى أن تكون حيازة المدعى عليه سابقة فى التاريخ على سند المدعى أو متأخرة عنه (١) . على أن لهذه القاعدة استثناء واحدا ، هو أن يثبت المدعى أن سلفه الذى تلقى منه السند كان يفوز على السلف الذى تلقى منه الحائز سنده لو أن دعوى استحقاق أقامها أحدهما على الآخر . فعندئذ يكون سلف المدعى ملكيته راجحة على ملكية سلف الحائز ، وقد تلقى المدعى هذه الملكية الراجحة بموجب سنده ، فيقضى له باستحقاق العقار (٢) .

٣٧٨ — الصورة الثانية — لا يوجد سند تمليك عند أى من الخصمين :

وهنا أيضا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن تكون حيازة المدعى عليه حيازة قانونية مستوفية لشرائطها ، فتقوم هذه الحيازة قرينة على الملكية لم يدحضها سند تمليك من المدعى ، فيقضى لصالح المدعى عليه وترفض دعوى الاستحقاق (٣) . وقد يكون الحائز هو المدعى ، وقد رفع دعوى

---

(١) نقض فرنسى ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٦ — ١ — ٣٦ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ٣١٣ — أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣١ — ص ٥٣٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٦ .

(٢) نقض فرنسى ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ — ١ — ١١٩ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٦ — ١ — ١٧٥ — أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٢ وهامش ١٠ — بودرى وشوفو فقرة ٢٥٠ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٣١١ ص ١٠٨٨ .

(٣) نقض فرنسى ١٠ يناير سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ — ١ — ٧٤ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٣ — ١ — ١٥٠ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٦ — ١ — ١٩٦ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧ — ١ — ٢٤٦ — ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٥ — ١ — ٥٢٤ .

الاستحقاق على المتعرض له فى الملكية كما يقع ذلك فى بعض الأحيان (١) . فاذا كانت حيازته حيازة قانونية مستوفية لشرائطها ، قامت كذلك قرينة على الملكية لم يدحضها سند تمليك من المدعى عليه ، فيقضى لصالح المدعى باستحقاق العقار (٢) .

(الفرض الثانى) أن تكون حيازة المدعى عليه (أو حيازة المدعى) حيازة غير مستوفية لشرائطها ، فلا تكون الحيازة فى هذا الفرض قرينة على الملكية . ومن ثم يفاضل القاضى بين القرائن التى يقدمها كل من الخصمين (٣) . فاذا قدم كل منهما قرينة الحيازة غير المستوفية لشرائطها ، بأن حاز كل منهما العقار على التوالى ، فاضل القاضى بين الحيازتين واختار الأفضل وقضى لصاحبها ، فرفض دعوى الاستحقاق أو قضى بالملكية للمدعى بحسب الأحوال (٤) . وقد يقدم أحد الخصمين قرينة الحيازة غير المستوفية للشرائط ، ويقدم الخصم الآخر قرائن أخرى كالقيد فى سجل المكلفة (cadastre) (٥) أو دفع الضرائب عن العقار المتنازع

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٦٨ .

(٢) نقض فرنسى ٨ فبراير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٦ — ١ — ٤٤٧ — ١٨ اكتوبر سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٦ — ١ — ٣٦ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المفاضلة بين سندات الملكية التى يعتمد عليها أحد طرفى النزاع وبين سندات ملكية الطرف الآخر والتى صدرت لاثبات تصرفات قانونية هى من المسائل القانونية التى يتعين على المحكمة أن تقول كلمتها فيها . فاذا كان الحكم قد اغفل التعرض لبحث هذه المستندات والمفاضلة بينها ، فانه يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب . ولا يغنى عن ذلك اعتماد المحكمة فى هذا الخصوص على ما ورد بتقرير الخبير المنتدب لاثبات الواقع فى الدعوى وتطبيق مستندات الطرفين على الطبيعة (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٨ ص ٧٤) . أما المفاضلة ذاتها وتقدير اى السندات هى الأفضل ، فهذه مسألة موضوعية لا رقابة عليها لمحكمة النقض كما سيأتى .

(٤) استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ (تقديم الحيازة الاسبق والأكثر وضوحا :
(possession plus ancienne et mieux caractérisée).

(٥) نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٨ — ١ — ٤٣٩ — ٩ اغسطس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ — ١ — ٣٩٧ — ١٤ ابريل سنة =

فيه (١) أو وجود حد ظاهر المعالم للعقار المتنازع فيه (٢) أو غير ذلك من القرائن (٣) . بل قد يقدم أحد الخصـــمين الحيازة وبعض هذه القرائن . ويقدم الخصم الآخر الحيازة أيضا بدون أو مع هذه القرائن كلها أو بعضها ، ففي جميع هذه الأحوال يفاضل القاضي دائما بيـن قرائن المدعى وقرائن المدعى عليه ، ويقدر أى القرائن أرجـــح من الأخرى فيحكم لصـاحب القرائن الأرجح (٤) . وتقديره هذا تقـدير موضوعى لا رقابة لمحكمة النقض عليه (٥) .

وجملة القول فى هذه الصورة الثانية أن صاحب الحيازة القانونيه المستوفية لشرائطها ، أو فى القليل صاحب الحيازة الأفضل اذا لم تكن الحيازة مستوفية لشرائطها أو صاحب القرائن الأرجح ، هو الذى يقضى لصالحه (٦) .

= ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٢٤٧ — ٢٥ اكتـوبر ســـنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ — ١ — ١١٩ .

(١) أورليان ٧ فبراير سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٨ — ٢ — ١١ .

(٢) نقض فرنسى ٢٢ ديســمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ٥١٢ — ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ١٧٩ .

(٣) نقض فـــرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨٨ سيريه ٩١ — ١ — ٤٥٩ — ٢٥ يونيه سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢ — ١ — ٢١٤ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ٥٦٨ .

(٤) نقض مدنى ١٦ ابريل سنة ١٨٦٠ داللوز ٦٠ — ١ — ٢٥١ — ٧ مارس سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨ — ١ — ٢١٦ — ١٨ اغسطس سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠ — ١ — ٣٦٩ — ٢٤ يناير سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٤ — ١ — ٣١٤ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ٥١٢ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٦ — ١ — ٢١٢ — ١٤ أبريل سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٥ — ١ — ٢٦٦ — ٢٤ اكتوبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٣ — ١ — ١١٩ — ٢٦ ديسمبر ســـنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٥ — ١ — ١٤٠ .

(٥) نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٦٩ سيريه ٧٠ — ١ — ٣٢ — ٥ مارس سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٨ — ١ — ٤٣٩ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ٥٦٨ — مارتى ورينو فقرة ٢٢٣ .

(٦) نقض فرنسى ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٣ — ١ — ٢٢٤ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٦ — ١ — ٣٥٣ — ١٠ اغسطس سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٧ — ١ — ٣٦٨ — ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ جازيت =

٣٧٩ — الصورة الثالثة — يوجد سند تمليك عند أحد الخصمين دون الآخر :

فاذا كان من عنده سند التمليك هو المدعى عليه الحائز للعقار، قضى لصالحه ورفضت دعوى الاستحقاق ، لأن المدعى عليه يكون قد جمع فى هذه الحالة بين الحيازة وسند التمليك . اما اذا كان من عنده سند التمليك هو المدعى ، فانه يقضى لصالحه بالملكية (١) ، بشرط أن يكون سند تمليكه سابقا على حيازة المدعى عليه (٢) . فان لم يكن سند تمليك المدعى سابقا وكانت حيازة المدعى عليه هى السابقة ، فاضل القاضى بين الخصمين تبعا لظروف كل قضية (٣) .

٣٨٠ — نظرة تقديرية للقضاء الفرنسى :

يمكن الأخذ بكثير من القواعد التى قررها القضاء الفرنسى فى اثبات حق الملكية ، فهذه القواعد تستجيب فى مجموعها لطبائع الأشياء ، وتوفق ما بين تعذر الاثبات المطلق لحق الملكية اذا لم يوجد نظام للسجل

= دى باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٨٩٨ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ — ١ — ١٢٨ .

(١) استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٦ .

(٢) وذلك لأنه توجد قرينة ، مادام سند التمليك سابقا على الحيازة ، أن الحيازة وقت صدور سند التمليك كانت عند من صدر منه هذا السند ، ثم اغتصبت منه (بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٣٣٢٢) .

(٣) نقض فرنسى ٢٢ يونيه سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ — ١ — ٤١٢ — ٨ يوليه سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ — ١ — ٣٣٦ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ — ١ — ٣٨ — ١٤ يونيه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٨ — ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٣٢٩ — ٢ يناير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ — ١ — ١٢٥ — ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٨٩٨ — مازو فقرة ١٦٤٣ — تارن بارتان فى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٧ (سادسا) — مارتى ورينو فقرة ٢٢٤ .

هذا واذا قدم المدعى ، فى أية صورة من الصور الثلاث المتقدم ذكرها قرائن أقوى ، كان للمدعى عليه أن يدفع دعوى الاستحقاق بالدفوع السائغة، كالدفع بالتملك بالتقادم أو الدفع بضمان الاستحقاق أو الدفع بقوة الأمر المقضى (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٦ — ص ٥٣٧ — وانظر أيضا محمد على عرفة فقرة ١٨٦) .

العينى وبين ضرورة ايجاد طرق للاثبات تقرب من الواقع بقـــــدر المستطاع .

على أن القضاء الفرنسى فى القواعد التى قررها سارشوطا بعيدا فى التحديد والترتيب والتمييز الدقيق ما بين حالة وأخرى ، ففقد فى بعض هذه القواعد المرونة الكافية لمواجهة الحالات المختلفة بالظروف الخاصة لكل حالة منها . من ذلك مثلا القاعدة التى تقضى بأنه اذا وجد سند تمليك عند كل من الخصمين فان السندين يتهاتران ، فهذه القاعدة قد تكون سليمة فى أكثر الأحوال ، ولكنها على اطلاقها قد لاتكـــون سليمة فى بعض الأحوال . وقد كان القضاء الفرنسى فعلا ، قبل أن ينتهى الى هذه القاعدة ، يقرر أن السند الأسبق فى التاريخ هو الذى يرجح، ثم عدل عن ذلك الى القاعدة التى نحن بصددها . وكان الأولى ترك القاضى حرا فى تقدير أى السنديين يرجح ، تبعا لما يستخلصه من ظروف كـل قضية . ومن ذلك أيضا الاستثناء الذى يقضى بأنه عند وجود سند عند كل من الخصمين ، يجب تفضيل المدعى اذا هو أثبت أن سلفه الذى تلقى منه السند كان يفوز على السلف الذى تلقى منه الحائز سنده لو أن دعوى استحقاق أقامها أحدهما على الآخر ، فهذا أيضـــا استثناء يقوم على محض افتراض ، اذ كيف تعرف أن سلف المدعى كان يفوز عـــلى سلف الحائز اذا لم تقم بينهما دعوى استحقاق بالفعل ، وكيف تضحى الحيازة القائمة فعلا وهى أمر محقق لمجرد افتراض يتعذر فيه الوقوف عند حقيقة ثابتة (١) ، كذلك القاعدة التى تقضى بأنه اذا وجد سند عند المدعى وحده ، وكان سنده سابقا على حيازة المدعى عليه ، فان المدعى هو الذى يفضل ، فهى قاعدة لا تنطوى على مرونة كافية تجعلها قاعدة عادلة فى جميع الأحوال (٢) .

والأولى ، فى اثبـــات حق الملكيـــة ، أن نقف فى بادىء الأمر عنـــد

---

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٦ — ص ٣٥٧ .

(٢) انظر كاربونييه ص ٢٣٢ .

الحيازة ، فاذا استوفت هذه الحيازة شرائطها القانونية كان الحائز هو المالك ، مالم يدحض خصمه قرينة الحيازة بقرينة أقوى ، ويترك ذلك لتقدير القاضى . فاذا لم تتوافر الحيازة المستوفية لشرائطها لأى من الخصمين . جاز التمسك بالحيازة الفعلية ، على أن تكون محض قرينة قضائية تدحضها قرائن قضائية أقوى منها . فالواجب اذن الوقوف عند الحيازة ، الا أن ترجحها حيازة أفضل أو تدحضها قرائن قضائية قضائية أقوى . وعند تعارض القرائن ، يترك الأمر لتقدير القاضى فى ترجيح قرينة على أخرى بحسب ظروف كل قضية (١) .

المبحث الثانى

عدم جواز نزع الملكية جبرا على صاحبها الا بشروط

٣٨١ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٠٥ مدنى على ما يأتى :

« لايجوز أن يحرم أحد ملكه الا فى الأحوال التى يقررها القانون، وبالطريقة التى يرسمها ، ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل » (٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الدستور المصرى الذى كان ساريا فى عهد هذا التقنين كان ينص فى المادة ٩ منه على أن « للملكية حرمة ، فلا تنزع عن أحد ملكه الا بسبب المنفعة العامة

---

(١) انظر مازو فقرة ١٦٤٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٢ ص ٣٦١ — وكان اوبرى ورو يقدمان صاحب الحق الأفضل او الأرجح (droit meilleur ou plusprobable) (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ هامش ٦)، والأولى ان يقال بتقديم صاحب الاحتمالات الأرجح (meilleures probabilités).

(٢) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ١١٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن العبارة الاخيرة من نص المشروع التمهيدى كانت على الوجه الاتى : « أو يكون ذلك فى مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما » . واقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٨٧٣ فى المشروع النهائى ، وحذفت اللجنة التشريعية بمجلس النواب عبارة « يدفع اليه مقدما » ، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٨٧٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٨٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ — ص ٢٥) .

فى الأحوال المبينة فى القانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، وبشرط تعويضه عنه تعويضا عادلا » .

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٢٢ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨١٤ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٥٠ — ولا مقابل للنص فى قانون الملكيه العقاريه اللبنانى — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى الكويتى — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٢٠ (١) .

ويخلص من النص سالف الذكر أن لحق الملكية حصانة تدرأ عنه الاعتداء ، والمقصود بالاعتداء هنا هو الاعتداء الذى يصدر من جهة الادارة أو من جهة الأفراد ، ولكن لما كان الاعتداء الذى يصدر من جهة الادارة مكفولا رده ، فى أكثر الأحيان ، بدعوى الاستحقاق التى تحمى حق الملكية وقد سبق الكلام فيها تفصيلا ، لذلك نقصر كلامنا على الاعتداء الصادر من جهة الادارة (٢) .

ويتبين من النص أن هناك شروطا ثلاثة يجب توافرها حتى يجوز

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى .
التقنين المدنى السورى م ٧٢٢ (مطابق) .
التقنين المدنى الليبى م ٨١٤ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى م ١٠٥٠ (موافق — وقد وردت فى التقنين العراقى عبارة « يدفع اليه مقدما ») .
قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .
التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل للنص فيه ولكن هذا النص يتفق مع القواعد العامة فيعمل به فى الكويت .
التقنين المدنى الاردنى م ١٠٢٠ : ١ — لاينزع ملك احد بلا سبب شرعى.
٢ — ولايستملك ملك احد الا للمنفعة العامة وفى مقابل تعويض عادل حسبما يعين فى القانون .
(وأحكام التقنين الأردنى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٢) على أنه يلاحظ أن النص ينطبق ايضا فى العلاقات الفردية ، فلايجوز لفرد أن يحرم المالك ملكه الا بعد استيفاء الشروط الواردة فى النص ، كما هو الأمر فى حق الشرب (م ٨٠٨ مدنى) ، وفى هذه الحقوق تقيد الملكية لصالح الغير ، وفى هذا ضرب من الانتقاص من حق الملكية يتحمله المالك فى مقابل تعويض عادل (قارن محمد على عرفة فقرة ١٧١ هامش ٣) .

قانونا أن ينزع من المالك ملكه :

١ — أن يكون هناك نص فى القانون يجيز نزع الملك ، فلا يكفى أن يصدر بجواز نزع الملك قرار ادارى مهما علت مرتبته بل لابد من تدخــل المشرع نفسه .

٢ — ويجب أن تتبع فى نزع الملك الاجراءات التى رسـمها القانون لذلك ، فالانحراف عن هذه الاجراءات وعدم اتباعها بدقة يجعل نزع الملك باطــــلا .

٣ — ويجب أن يعوض المالك عن ملكه تعويضا عادلا ، يستولى عليه مقدما فى حالة نزع الملكية للمنفعة العامة (١) .

فليس لجهة الادارة اذن أن تمس حق الملكية ، وبخاصة لايجوز لها أن تنزع الملكية للمنفعة العامة ، الا بعد استيفاء الشروط ســــالفة الذكر . ونتكلم هنا فى مسألتين :

١ — مساس الادارة بحق الملكية .

٢ — نزع الملكية للمنفعة العامة .

١ — مساس الادارة بحق الملكية

٣٨٢ — أعمال الادارة الماسة بحق الملكية :

لايجوز للادارة أن تعتدى على حق الملكية ، لا عن طريق عمل مادى

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « اول وسيلة لحماية المالك هو الا تنزع منه ملكيته بغير رضاه الا فى الأحوال التى تقررها القانون وبالطريقة التى رسمها ، وفى مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما . فهناك اذن قيود ثلاثة لحرمان المالك من ملكه دون رضاه : (أ) لايحرم المالك من ملكه الا فى حالة نص عليها القانون ، كما هو الامر فى نزع الملكية للمنفعة العامة ، وكما هو الأمر ايضا فى حق المرور وحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وسيأتى ذكرها ، (ب) وبالطريقة التى رسمها القانون ، اى بعد اتباع الاجراءات التى وضعت لضمان الحقوق المشروعة ، مثل ذلك اجراءات نزع الملكية . (جـ) وبعد دفع تعويض عادل للمالك يستولى عليه مقدما قبل أن يتخلى عن ملكه ، ويرسم القانون اجراءات تكفل للمالك تقدير هذا التعويض العادل فيما اذا اختلف فى تقديره مع نازع الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣ — ص ٢٤) .

أو على طريق أمر اداري • ولايجوز لها أن تصادر الملك مصادرة عامة ، ولا أن تصادر ملكا معينا بالذات الا اذا كان ذلك بناء على حكم قضائي كما هو الأمر في التهريب (contrebande) وفي التزييف (contrefacon) وفي الادوات التي تستعمل في ارتكاب الجرائم •

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الدساتير المصرية المتعاقبه قد حرصت جميعها منذ دستور سنة ١٩٢٣ على النص على مبدأ صون الملكية الخاصة ، وعدم المساس بها الا على سبيل الاستثناء ، وفي الحدود وبالقيود التي أوردتها ، وذلك باعتبارها في الاصل ثمرة النشاط الفردي، وحافزه على الانطلاق والتقدم ، فضلا عن أنها مصدر من مصادر الثروة القومية التي يجب تنميتها والحفاظ عليها لتؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي ، ومن أجل ذلك حظرت الدساتير نزع الملكية الخاصة جبرا عن صاحبها الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون (المادة ٩ من كل من دستور سنة ١٩٢٣ ، ودستور سنة ١٩٣٠ والمادة ١١ من دستور سنة ١٩٥٦ والمادة ٥ من دستور سنة ١٩٥٨ والمادة ١٦ من دستور سنة ١٩٦٤ والمادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٧١) ؛ كما نص الدستور القائم صراحة على حظر التأميم الا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ومقابل تعويض (المادة ٣٥) وحظر المصادرة العامة حظرا مطلقا ولم يجز المصادرة الا بحكم قضائي (المادة ٣٦) (١) •

فالأصل اذن هو تحريم اعتداء الادارة على الملك الخاص ، ويجوز مع ذلك بموجب القانون ، طبقا لاجراءات معينة وفي مقابل تعويض عادل ، أن تلجأ الادارة الى الاستيلاء على الملك استيلاء موقتا ، وأن تضعه تحت الحراسة ، وأن تؤممه فينتقل من القطاع الخاص الى القطاع العام ، وأن تنزع الملك جبرا على صاحبه للمنفعة العامة (٢) ، ولما كنا

---

(١) دستورية عليا في ٢ فبراير سنة ١٩٨٥ في الدعوى رقم ٦٧ لسنة ٤ قضائية ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثالث رقم ٢١ صفحة ١٢٢ .

(٢) ويورد قانون الاصلاح الزراعي سلسلة من القيود على حق التملك وعلى التصرف في الملك ، وسنبحث ذلك تفصيلا عند الكلام في القيود التي ترد =

سنفرد نزع الملكية للمنفعة العامة ببحث خاص لأهميته ، فنستعرض هنا في ايجاز الحالات الأخرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن المقرر بنص المادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٧١ أن الملكية الخاصة مصونه فلا تنزع الا للمنفعة العامه ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون ، كما نصت المادة ٨٠٥ من القانون المدنى على أنه لايجوز أن يحرم أحد من ملكه الا فى الاحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى رسمها ويكون ذلك مقابل تعويض عادل (١) .

ويلاحظ بوجه عام أن جميع هذه الحالات ، ويدخل فى ذلك نزع الملكية للمنفعة العامة ، هى من مباحث القانون الاداري ، ولا يعنينا منها الا القدر الذى يكون فيه مساس بحق الملكية . لذلك سيكون الكلام فى ذلك موجزا ، ومقتصرا على هذه الناحية .

٢٨٣ — اعتداء الادارة على حق الملكية عن طريق اعمال مادية أو عن طريق أوامر أدارية :

اذا اعتدت جهة الادارة على ملك أحد الأفراد ، ولم تتقيد بالشروط سالفة الذكر ، فلم يوجد نص فى القانون يستند اليه عمل الادارة ، أو وجد ولم تتبع الادارة الاجراءات التى رسمها القانون ، أو اتبعت هذه الاجراءات ولكن دون أن تدفع للمالك تعويضا عادلا ، فان عملها هذا يكون غير مشروع ، ويكون اعتداء على حق الملكية يرده القضاء ، ويقضى للمالك بتعويض عنه ، بل ويرد الملك الى صاحبه مادام لم يزل عنه بطريق قانونى (٢) . ويجوز للقضاء المستعجل أن يمنع غصب الادارة موقتا ،

= على حق الملكية .

كذلك قد ينزع الملك جبرا على صاحبه فى التنفيذ على أموال المدين ، ولكن نزع الملكية هنا لايرجع الى جهة الادارة ، بل هى مسألة مدنية محضة مكان البحث فيها قانون المرافعات .

(١) نقض مدني فى ٢٢ ابريل سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢٠٣ صفحة ١٠٦٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن للمالك ، الذى اغتصب ملكه واضيف الى المنافع العامة بغير الاجراءات القانونية لنزع الملكية ، حق مطالبة الحكومة بالتعويض ، ويكون قاضى التعويض فى هذه الحالة حرا فى تقدير التعويض والحكم =

ويحول دون تغيير معالم الشيء قبل القضاء نهائيا في الملكية (١) .

وقد يكون اعتداء الادارة على الملك الخاص عن طريق أعمال مادية ، كما اذا أهملت الجهة الادارية المختصة تطهير ترعة عامة فتعذر وصول المياه لزراعة أحد الأفراد فتلفت الزراعة ، وكما اذا احترقت ممتلكات الأفراد نتيجة لتطاير الشرر من احدى قاطرات السكك الحديدية ، وكما اذا أنشأت الادارة جنابية بمحاذاة ترعة فترتب على انشاء الجنابية رشح أضر بملك أحد الأفراد . وعلى من يتأذى من عمل الادارة أن يثبت في جانبها خطأ يقيم عليه مسئوليتها ، فاذا لم يثبت خطأ فلا مسئولية (٢) . وقد أخذت بعض المحاكم بنظرية الخطأ المفترض في مسئولية الادارة عن أعمال الاعتداء التي تقع منها على ملك الأفراد ، فقضت بمسئولية الادارة عن انكسار مواسير المياه وتسرب

= به مبلغا متجمدا واحدا او بقيمة الغير المنزوعة ملكيتها وبفوائدهاالتعويضية (نقض مدني ٨ يونية سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٠ ص ٢٢٤ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٣ ص ٢٩٠ — ١٥ ابريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥١ ص ١٤٤ — ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ — المنصورة الكلية ٢ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٢٦٠ ص ٣٤٣) .

(١) الاسكندرية الكلية (مستعجل) ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ ص ١٠٠٨ — وتقول المحكمة : « ان حق الملكية وحق الحرية الشخصية اهم حقوق الأفراد ، ولا يجوز الاعتداء عليهما بالطرق الادارية ، بل يجب أن يرفع النزاع فيهما الى المحاكم القضائية لأنها هي حامية حريات الأفراد وملكياتهم . ولا يصح ان تكون الأوامر الادارية التي تعتدى على احد هذين الحقين مانعة من هذه الحماية استنادا الى مبدأ الفصل بين السلطات ، فان هذا المبدأ ، وان كان سليما في ذاته ، الا ان مدى تطبيقه وحدوده هي محل الاختلاف . ومن المتفق عليه عند اكثر الشراح والمحاكم ان من بين هذه الحدود التي لا يجوز للامر الاداري ان يعتدى عليها ، ولو حاز شكله القانوني ، حرمان الانسان من حيازة ما يملكه من عقار ، اذ يعتبر الأمر الاداري في هذه الحالة قد فقد الصفة الادارية واصبح عملا من اعمال الغصب والاعتداء » .

(٢) نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٦٧ ص ١٧٥ — ٣ يونيه سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦١ ص ١٧٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ ص ٦٥١ — مصر الكلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ٤ رقم ٢٩٨ ص ٣٤٠ .

الماء منها الى المنازل المجاورة واتلافها (١) ، وعن انشاء محطة للمجارى بجوار منزل فأدى ذلك الى نقص قيمته (٢) •

وقد قضت محكمة النقض بأن لجهة الادارة حرية ادارة المرافق العامة وحق تنظيمها والاشراف عليها ، الا أن ذلك لايمنع المحاكم — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — من حق التدخل لتقرير مسئولية الادارة عن الضرر الذى يصيب الغير متى كان ذلك راجعا الى اهمالها أو تقصيرها فى تنظيم شئون المرفق العام أو الاشراف عليه • والسلطة القائمة على أعمال التنظيم وهى المهيمنه على انشاء المبانى وتعديلها وهدمها بما لها من سلطة منح التراخيص اللازمة فى هذا الشأن والتحقق من مطابقة الاعمال المرخص بها للشروط والاوضاع القانونية محافظة على أمن المواطنين وسلامة أرواحهم ، تقع عليها تبعة تقصير موظفيها أو قصورهم فى اداء واجبهم ، وفى بذل العناية التى تقتضيها اعمالهم الفنية فى حدود ماهو مألوف من أوسط الفنيين علما ويقظة ، بحيث اذا انحرفوا عن هذا المعيار عد ذلك منهم خطأ موجبا لمسئوليتهم ومسئولية الجهة التابعة لها عماينجم عن ذلك من الضرر (٣) •

كما يكون اعتداء الادارة على الملك الخاص عن طريق أوامر ادارية مخالفة للقانون • فاذا صدر أمر ادارى من جهة غير مختصة فأضر بملك

---

(١) استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ ص ٢٤٧ — ٢٣ ابريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٦٨ ص ٣٤٨ •

(٢) استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٧٤ ص ٤٤٣ •

(٣) نقض مدنى فى ٢١ يونيه سنة ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ٢٨٧ صفحة ١٤٦٠ •

كما قضت محكمة النقض بأنه وان كان لجهة حرية ادارة المرافق العامة وحق تنظيمها والاشراف عليها ، الا ان ذلك لايمنع المحاكم — وعلى ماجرى قضاء محكمة النقض — من حق التدخل لتقرير مسئولية الادارة عن الضرر الذى يصيب الغير متى كان ذلك راجعا الى اهمالها او تقصيرها فى تنظيم شئون المرفق العام أو الاشراف عليه (نقض مدنى فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ صفحة ١٠٨٢) •

أحد الأفراد ، كما اذا أصدر مفتش رى أمرا خارجا عن حدود اختصاصه ، تحققت مسئولية الحكومة (١) . واذا صدر أمر ادارى من وزير الداخلية أو المحافظ باغلاق محلج أو مصنع مملوك لأحد الأفراد ، كان الأمر الادارى باطلا ، لأن المحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة لا تغلق الا بحكم قضائى (٢) . وقد يصدر أمر ادارى من جهة مختصة ولكن لا يتبع الاجراءات والأوضاع التى نص عليها القانون ، فيكون باطلا ، ويحكم على الادارة بالتعويض (٣). وكذلك الأمر فيما اذا صدر الأمر الادارى مخالفا لنصوص القوانين أو مشوبا بخطأ فى تطبيقها أو تفسيرها (٤) . ومنذ انشاء مجلس الدولة ، أصبحت الأوامر الادارية المخالفة للقانون تعرض على القضاء الادارى ، فيحكم بالغائها ، ولا يكتفى بالتعويض كما كان يفعل القضاء العادى .

وقد قضت محكمة النقض بأن القرار الادارى الذى لا تختص

---

(١) استئناف وطنى ٢ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٣٧ ص ٦٣ .

(٢) مصر الكلية ١١ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٢٤٠ ص ٦٠٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ٥٧ من الدستور مفادها أن الاعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة أو غيرها من الحقوق والحريات العامة لا يسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم . واذ كان حق الملكية الخاصة من الحقوق الخاصة فانه لا يندرج تحت نص المادة ٥٧ من الدستور سالفة البيان ، وكان الطاعن قد افصح عن ان المطعون ضدهما بصفتيهما قد استوليا عن اطيانه الزراعية المملوكة له ضمن الأطيان التى تم الاستيلاء عليها المملوكة لشخص آخر فرضت الحراسة على أمواله وممتلكاته ، بما لا يعدو ان يكون خطأ يترتب عليه ضرر له تمثل فى حرمانه من الانتفاع بارضه ، ومن ثم كان النعى على الحكم المطعون فيه عدم تطبيق نص المادة ٥٧ من الدستور المشار اليه يكون على غير أساس .

(نقض مدنى فى أول مايو سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٢٤٣ صفحة ١٢٧٩) .

(٤) انظر فى كل ذلك وحيد رافت فى مجلة القانون والاقتصاد ص ٢٣٩ — ص ٣٢٩ — محمد على عرفة فقرة ١٧٠ — فقرة ١٧٥ .

جهة القضـــاء العادي بالغـــائه أو تأويله أو تعديله أو التعـــويض عن الاضرار المترتبة عليه — وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة — هو ذلك القرار الذى تفصـــح به الادارة عن ارادتها الملزمة بما لها من ســـلطة بمقتضى القوانين وذلك بقصد احداث مركز قانونى معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان البـــاعث عليه مصـــلحة عامة ، ولما كان ذلك وكانت المباحث العامة قد تحفظت على كتاب « نظرات فى الدين » بنـــاء على خطـــاب من ادارة البحوث الاســـلامية ودون صدور قرار من مجلس الوزراء بمنعه من التداول طبقا لأحكام قانون المطبوعات ، فان التحفظ على الكتاب لا يكون مستندا الى قانون أو قرار ادارى ومن ثم لا يعدو هذا الاجراء أن يكون عملا ماديا وبالتالى يختص القضاء العادى بنظر الدعوى بمنع التعرض لهذا الكتاب وبالتعويض (١) ٠

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بان المشرع الدســـتورى أرسى الاحكام الخاصة بالمصادرة بما نص عليه فى المادة ٣٦ من دستور سنة ١٩٧١ من أن « المصادرة العامة للاموال محظورة ولا تجـــوز المصادرة الخاصة الا بحكم قضـــائى » فنهى بذلـــك نهيا مطلقا عن المصادرة العامة ، وحدد الأداة التى تتم بها المصادرة الخاصة واوجب أن تكون حكما قضائيا وليس قرارا اداريا ، حرصا منه على صـــون الملكية الخاصة من ان تصادر الا بحكم قضائى ، حتى تكفل اجراءات التقاضى وضماناته لصـــاحب الحق ، الدفاع عن حقه وتنتفى بها مظنة العسف أو الافتئات عليه ، وتأكيدا لمبدأ الفصل بين السلطات عـــلى أساس أن السلطة القضائية هى السلطة الأصلية التى ناط بها الدستور اقامة العدالة بحيث تختص دون غـــيرها من الســـلطات بالامـــر بالمصادرة (٢) ٠

---

(١) نقض مدنى فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ٢٠٢ صفحة ١١١٦ ٠

(٢) دستورية عليا فى ١٥ مايو سنة ١٩٨٢ فى الدعوى رقم ٢٣ لسنة ٢ قضائية مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثانى رقـــم ٨ صفحة ٤٠ ٠

٣٨٤ — الاستيلاء المؤقت :

يجوز للادارة أن تستولى استيلاء موقتا على العقارات المملوكة للأفراد ، وذلك فى الحالات الطارئة أو المستعجلة ، بعد اتباع اجراءات معينة ، وفى مقابل تعويض عادل . وقد نص القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الخاص بنزع الملكية العقارية للمنفعة العامة أو التحسين على حالتين للاستيلاء الموقت ، الأولى منهما يكون الغرض منها فى الواقع التمهيد لنزع الملكية وسنشير اليها عند الكلام فى نزع الملكية للمنفعة العامة . والأخرى هى التى يراد بها مواجهة ظروف طارئة أو مستعجلة وهى التى نقتصر الكلام عليها هنا .

فقد نصت المادة ١٧ من قانون نزع الملكية على أنه « يجوز للمدير أو المحافظ ، بناء على طلب المصلحة المختصة ، فى حالة حصول غرق أو قطع جسر او تفشى وباء ، وفى سائر الأحوال الطارئة او المستعجلة ، أن يأمر بالاستيلاء موقتا على العقارات اللازمة لاجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها كما يجوز فى غير الأحوال المتقدمة الاستيلاء موقتا على العقارات اللازمة لخدمة مشروع ذى منفعة عامة . ويحصل هذا الاستيلاء بمجرد انتهاء مندوبى المصلحة المختصة من اثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها ، بدون حاجة لاتخاذ اجراءات أخرى . وتعين المصلحة المختصة خلال أسبوع من تاريخ الاستيلاء قيمة التعويض المستحق لذوى الشأن مقابل عدم انتفاعهم بالعقار ، وفى حالة المعارضة يكون الفصل فيها طبقا للنصوص الخاصة بالمعارضة فى التعويض المستحق عن نزع الملكية » . ونصت المادة ١٨ من نفس القانون على أن « تحدد مدة الاستيلاء الموقت على العقار بحيث لاتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلى ، ويجب اعادته فى نهايتها بالحالة التى كان عليها وقت الاستيلاء مع تعويض كل تلف أو نقص فى قيمته . واذا دعت الضرورة الى مد مدة الثلاث سنوات المذكورة ، وتعذر الاتفاق مع ذوى الشأن على ذلك ، أو أصبح العقار غير صالح للاستعمال الذى كان مخصصا له ، وجب على المصلحة المختصة أن تتخذ قبل مضى الثلاث

سنوات بوقت كاف اجراءات نزع ملكيته • وفى هذه الحالة تقـدر قيمـة العقار حسب الأوصاف التى كان عليها وقت الاستيلاء عليه ، وطبقـا للأسعار السائدة وقت نزع ملكيته » (١) •

وقد قضت محكمة النقض بان ماتنص عليه المادة ١٨ من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ، من وجوب تحديد مدة الاستيلاء المؤقت على العقارات — سواء كان الاستيلا بقرار من الوزير المختص أو المحافظ — بحيث لاتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلى ، يقتضى أن يكون قرار الاستيلاء المؤقت الصادر من المحافظ مكتوبا ومحددا فيه مدة الاستيلاء حتى يكون بيد صاحب الشأن فى العقار سند يمكن أن يعتمد عليه فى مطالبة جهة الادارة بأعادة العقار اليه فى نهاية المدة المحددة للاستيلاء فى حالة امتناعها عن تنفيذ ماتوجبه عليها المادة ١٨ من اعادة العقار فى نهـاية المدة المحددة للاستيلاء بالحالة التى كان عليها وقت الاستيلاء ، يؤيد هذا النظر أن القانون استوجب فى حالة حصول الاستيلاء المؤقت بقرار من الوزير المختص ، وهو السلطة المختصة أصلا بأصدار قرارات الاستيلاء المؤقت ، أن ينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية ، وهذا النشر لايكون الا اذا كان القرار مكتوبا ، ، ووجوب صدور قرار المحافظ كتابة لا يتنافى مع قيام حالة الضرورة التى تستلزم اصداره لان اقتضاء تحرير القرار لا يؤدى الى تأخير حصول الاستيلاء (٢) •

ويتبين من النصوص سالفة الذكر ما يأتى :

أولا — أن الاستيلاء الموقت يكون فى الحالات الطارئة المستعجلة،

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع قانون نزع الملكية : « وقد اجاز المشروع الاستيلاء الموقت بموجب قرار من المدير او المحافظ فى حالات الطوارىء المستعجلة (م ١٧) ، وحدد المدة بما لايتجاوز ثلاث سنوات بحيث اذا لم تعد العقارات الى ملاكها بعد انتهائها ولم يتم الاتفاق على زيادتها وجب نزع ملكيتها (م ١٨) . ووجب تعويض الملاك مقابل عدم الانتفاع بالعقارات المستولى عليها ، ومن اى نقص او تلف يقع عليها .

(٢) نقض مدنى فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٠٨ صفحة ٦٦٨ •

لحصول غرق أو قطع جسر أو تفشي وباء . ويجوز أيضا الاستيلاء الموقت في غير الأحوال المتقدمة ، لمجرد خدمة مشروع ذي منفعة عامة ، كما اذا احتيج الى مكان لتخزين الأدوات المستعملة في توسيع شارع فيستولى على العقار موقتاً لهذا الغرض اذا لم يمكن العثور على عقار غيره .

وقد قضت محكمة النقض بان المادة ١٧ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ اجازت لجهة الادارة الاستيلاء مؤقتا على العقارات اللازمة لخدمة مشروع ذي منفعة عامة على أن تعين المصلحة طالبه الاستيلاء خلال اسبوع من تاريخ الاستيلاء قيمة التعويض المستحق لذوى الشأن مقابل عدم انتفاعهم بالعقار المستولى عليه واوجبت المادة ١٨ على هذه المصلحة اعادة العقار نهاية مدة الاستيلاء مع تعويض كل تلف أو نقص في قيمته. فاذا كانت الوزارة الطاعنة قد استولت على عقار المطعون ضده مؤقتا بقصد اخذ الاتربة اللازمة لمشروع ذي منفعة عامة ، فأنها يكون ملزمة قانونا بتعويض المطعون ضده عن قيمة الأتربة المستولى عليها من هذا العقار وعن مقابل عدم الانتفاع بالأرض وعما نقص من خصوبتها بسبب نزع تلك الاتربة ، اذ أن هذا النقص يعتبر تلف اصاب العقار ونقصا في قيمته . ويقوم التزام الطاعنة بهذا التعويض سواء قامت بتنفيذ المشروع بنفسها بالطريق المباشر أو بواسطة مقاول عهدت اليه بالتنفيذ واياً كان مدى اشرافها على هذا المقاول (١) .

ثانيا — أن الاجراءات الواجبة الاتباع للاستيلاء الموقت هي ما يأتي : تتقدم الجهة المختصة (وزارة الصحة أو وزارة الري مثلا) الى المحافظ في المحافظة لتي يوجد فيها العقار ، وتطلب منه اصدار أمر بالاستيلاء على العقار استيلاء موقتا ، وتبين الغرض الذى تهدف اليه من هذا الاستيلاء ، فاذا رأى المحافظ أن هناك مايبرر اجابة هذا الطلب ،

(١) نقض مدني في ١٨ ابريل سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١١٤ صفحة ٧٨٨ .

أصدر أمرا اداريا بالاستيلاء الموقت على العقار .(١) • ويذهب مندوبو الجهة المختصة التى طلبت الاستيلاء لمعاينة العقار ، وعليهم أن يثبتوا صفته ومساحته وحالته ، وبمجرد أن ينتهى المندوبون من ذلك ، ينفذ الأمر الادارى ، ويستولى فعلا على العقار ولو بالقوة الجبرية ، ويحدد الأمر الادارى الصادر بالاستيلاء المدة التى يبقى فيها العقار مستولى عليه ، ويجب الا تزيد على ثلاث سنوات • ويجب تحويل الاستيلاء الموقت الى نزع ملكية نهائى فى الفرضين الآتين :

١ — اذا احتاجت الجهة المختصة الى العقار مدة أطول من ثلاث سنوات ، وتعذر عليها الاتفاق مع المالك على مد المدة •

٢ — اذا أصبح العقار غير صالح للاستعمال الذى كان مخصصا له •

ففى هذين الفرضين يجب اتخاذ اجراءات نزع الملكية • وتقدر قيمة العقار بحسب الأوصاف التى كان عليها وقت الاستيلاء عليه ، وطبقا للاسعار السائدة وقت نزع الملكية ، فضلا عن تعويضه عن عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلى الى حين دفع التعويض المستحق

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن للملكية حرمة ؛ فقد نصت المادة ٨٠٥ من القانون المدنى على أنه لايجوز أن يحرم من ملكه الا فى الاحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها ومن ثم فان القرار الصادر من رئيس مجلس المدينة بالاستيلا على العقار ، ولو كان قد صدر بموافقة المحافظ شفويا ، يكون قد صدر من شخص لا سلطة له اطلاقا فى اصداره ومشوبا بمخالفة صارخة للقانون بما يجرده عن صفته الادارية ويسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الادارية ويغدو معه الاستيلاء على العقار غصبا واعتداء ماديا تختص المحاكم القضائية بنظر طلبات التعويض عنه (نقض مدنى فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٠٨ صفحة ٦٦٨) .

كما قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ١٧ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة ان السلطة التى تخولها القانون للمحافظ فى الاستيلاء المؤقت على العقارات فى الاحوال الطارئة او المستعجلة هى سلطة استثنائية مقيدة بقيام حالة الضرورة التى تبرر هذا الاستيلاء ، وقد ترك القانون للمحافظ تقدير قيام هذه الحالة ولم يصرح له بتفويض غيره فى اصدار قرارات الاستيلاء المؤقت فى الاحوال التى اجاز له فيها هذا الاستيلاء ، فلايجوز لذلك المحافظ ان ينيب غيره فى اصدار تلك القرارات (نقض مدنى فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٠٨ صفحة ٦٦٨) .

عن نزع الملكية (١) .

ثالثا — أنه يجب تعويض المالك تعويضا عادلا عن الاستيلاء المؤقت، ويكون ذلك بأن تعين الجهة الادارية التى طلبت الاستيلاء المؤقت ، فى خلال أسبوع من تاريخ استيلائها فعلا على العقار ، قيمة التعويض المستحق للمالك فى مقابل عدم انتفاعه بالعقار مدة الاستيلاء ، فان رضى المالك بهذا التقدير أخذ القيمة المعروضة عليه . والا عارض فى التقدير أمام لجنة الفصل فى المعارضات طبقا للاجراءات المقررة فى المعارضة فى تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية (٢) . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى نزع الملكية للمنفعة العامة .

وقد قضت محكمة النقض بانه يبين من نصوص القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين انه نظم فى الباب الرابع منه فى المواد ١٦و١٧و١٨ أحكام الاستيلاء المؤقت على العقارات ، اذ تقضى المادة ١٦ بان للجهة نازعة الملكية الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التى تقرر لزومها

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمالك العقار ، الذى نزعت ملكيته للمنفعة العامة الحق فى التعويض عن عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلى الى حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية (نقض مدنى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ رقم ٧٧ صفحة ٢٤٥) .

وقضت محكمة النقض بان المادة السادسة عشرة من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة تقضى بان يكون لصاحب الشأن فى العقار الحق فى تعويض مقابل عدم انتفاعه به من تاريخ الاستيلاء الفعلى لحين دفع التعويض المستحق عن نزع ملكيته ولم تشترط لاستحقاق هذا التعويض أن يكون طالبه منتفعا فعلا بالعقار المنزوعة ملكيته وقت نزع الملكية . وتقدير هذا التعويض هو من المسائل الموضوعية التى تستقل بها محكمة الموضوع ولها ان تقدر التعويض الجابر للضرر على الوجه الذى تراه (نقض مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ٧٩ صفحة ٤٨٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن استيلاء الحكومة على الاطيان محل النزاع دون أن تتخذ اجراءات نزع الملكية يعد — وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض — بمثابة غصب تلزم مرتكبه بتعويض الأضرار الناشئة عنه (نقض مدنى فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٥ صفحة ٣٦٨) .

للمنفعة العامة ويكون لصاحب الشأن فى العقار الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلى لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية ، وله حق المعارضة فى تقدير التعويض عن الاستيلاء طبقا للنصوص الخاصة بالمعارضة فى تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية ؛ فقد أفاد المشرع بذلك انه يجوز لجهة الادارة الاستيلاء على العقار قبل صدور قرار نزع الملكية للمنفعة العامة وذلك تمهيدا لنزع ملكيته ، وجعل المشروع لمالكى العقار فى هذه الحالة الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء عليه . وقصد المشرع من استحداث هذا التنظيم — على ما جاء بالمذكرة الايضاحية — التيسير على المصالح العامة للقيام بتنفيذ المشروعات فورا فتتحقق الثمرات المقصودة دون أن يلحق الملاك أى ضرر ، كما قصد المشرع ازالة الصعوبات التى كانت تعانيها المصالح العامة من عدم القيام بتشغيل المشروعات فى المواعيد المقررة لها وفى حدود السنة المالية المدرج بميزانيتها الاعتماد المخصص للمشروع الذى كان يترتب عليه فى كثير من الحالات تحميل الخزانة تكاليف اضافية كما كان يترتب عليه عدم امكان استخدام المبالغ المدرجة فى الميزانية المعتمدة . فاذا كان الثابت ان الطاعنة — وزارة الاشغال — استولت فعلا على العقار موضوع النزاع قبل صدور القرار بنزع ملكيته وأن هذا الاستيلاء كان تمهيدا لنزع ملكية العقار ولحقه قرار بذلك ، فان ذلك لا يعتبر غصبا وتكون الطاعنة قد التزمت أحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ (١) .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٣ مايو سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٦٠ صفحة ١٠٧٩ .

كما قضت محكمة النقض بان مفاد نص المادة ١٦ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أنه يجوز للجهة نازعة الملكية الاستيلاء على العقار قبل صدور قرار نزع الملكية للمنفعة العامة وذلك تمهيدا لنزع ملكيته ، وجعل المشرع لمالكى العقار فى هذه الحالة الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء عليه . وقصد المشرع بذلك — وفقا لما جاء بالمذكرة الايضاحية لهذا القانون — التيسير على المصالح =

٣٨٥ - الحراسة :

لا تقصد بالحراسة هنا الحراسة القضائية أو الحراسة الاتفاقية . وقد نظم كلا منهما التقنين المدنى ، ولا نقصد الحراسة الادارية ، وهى التى تفرضها جهة الادارة على المرفق العام الذى يدار بطريق الالتزام فى حالة توقف المرفق أو عجز الملتزم عن ادارته أو ارتكابه مخالفات جسيمة تهدد سير المرفق ، وانما نقصد حراسة الطوارىء وهى تفرض استنادا الى قانون الطوارىء (أو قانون الأحكام العرفية) (١) . وهناك أيضا حراسة التعبئة ، وهى الحراسة التى تفرض فى حالة الحرب عقب اعلان التعبئة العامة على أموال الاعداء ، وهى تكاد تكون صورة من صور الحراسات التى تفرض استنادا الى قانون الطوارىء . على أن حراسة التعبئة لا تفرض الا على رعايا دولة العدو أو رعايا الدول التى قطعت معها العلاقات السياسية ، فى حين أن حراسة الطوارىء أعم من ذلك فهى قد تفرض على أى شخص يقتضى الصالح العام فرض الحراسة على أمواله حتى لو كان من المصريين . ويلاحظ أن المشرع لم يلجأ حتى الآن الى حراسة التعبئة ، واستند دائما الى حراسة الطوارىء ما دامت حالة الطوارىء قد أعلنت . وقد أغنت حراسة الطوارىء عن حراسة التعبئة ، وهذا هو ما وقع عقب حرب السويس اذ فرضت الحراسة على أموال الفرنسيين والبريطانيين أستنادا الى قانون الطورىء (٢) .

= العامة القيام بتنفيذ المشروعات فورا فتحقق الثمرات المقصوده دون ان يلحق آلملاك اى ضرر . كما قصد المشرع ازالة الصعوبات التى كانت تعاينها المصالح العامة من عدم القيام بتشغيل المشروعات فى المواعيد المقررة لهـا (نقض مدنى فى ١٠ يناير سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٤٠ صفحة ١٨٩) .

(١) انظر فى هذا الموضوع ابراهيم الشربينى فى حراسات الطوارىء القاهرة سنة ١٩٦٤ وفى تصفية الحراسات القاهرة سنة ١٩٦٤ .

(٢) ويقول الأستاذ ابراهيم الشربينى : « ولقد تطورت الأهداف التى تغياها المشرع من فرض حراسات الطوارىء المختلفة فى الجمهورية العربية المتحدة منذ الحرب العالمية الثانية حتى الآن ، اذ كان القصد من فرض الحراسات على اموال الألمان والايطاليين والبلاد المحتلة منهما فى سنة ١٩٣٩ وما بعدها من سني الحرب العالمية حماية أمن البلاد تنفيذا لأحكام =

وقد توالت التشريعات التي تواجه حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية في مصر منذ سنة ١٩٢٣ . فصدر قانون الأحكام العرفية رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ ، وقد ألغي وحل محله قانون الأحكام العرفية رقم ٥٢٣ لسنة ١٩٥٤ ، ثم ألغي هذا القانون الأخير وحل محله قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقوانين أرقام ٣٧ لسنة ١٩٧٢ و ١٦٤ لسنة ١٩٨١ و ٥٠ لسنة ١٩٨٢ ولا يزال هذا القانون معمولا به حتى الآن . واستنادا الى قوانين الطوارئ الثلاثة سالفة الذكر أعلنت الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ في مصر عدة مرت منذ أعلان الحرب العالمية الثانية في أول سبتمبر سنة ١٩٣٩ . فقد صدر في هذا التاريخ مرسوم أول سبتمبر سنة ١٩٣٩ معلنا الأحكام العرفية في مصر استنادا الى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ ، واستمر اعلانها طوال مدة الحرب حتى ألغيت في ٧ أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، ثم أعلنت الأحكام العرفية ثانية في ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ بمناسبة قيام حرب فلسطين ، واستمرت حتى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٠ حيث ألغيت بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ . وأعيد اعلانها ثانية عقب حريق القاهرة في ٢٦ يناير سنة ١٩٥٢ ، واستمرت

= المعاهدة المبرمة بين مصر وبريطانيا سنة ١٩٣٦ . وكان ذلك أيضا هو القصد من فرض الحراسة على أموال الفرنسيين والبريطانيين والمعتقلين والمراقبين عقب حرب السويس في سنة ١٩٥٦ . ثم تطور هذا القصد الى غاية أخرى ، هي تمصير الاقتصاد عن طريق بيع المنشآت والمؤسسات الهامة التي كان يسيطر عليها البريطانيون والفرنسيون الى المؤسسات العامة والشركات التابعة لها ، حتى يمكن بذلك تلافي التهديد الدائم الذي كان يتمثل في سيطرة الاجانب على الاقتصاد المصري وتحكمهم عن طريقه في اقدار البلاد . وبعد صدور قوانين يوليه سنة ١٩٦١ التي حققت التطبيق للاشتراكية ، استخدمت الحراسة المفروضة بالأمرين ١٣٨ و ١٤٠ سنة ١٩٦١ والحراسة المفروضة على الشركات والمنشآت بقرارات فردية منذ سنة ١٩٥٩ (والتي تسمى بحراسة الطوارئ) ، استخدمت هذه الحراسات جميعها كوسيلة للمساعدة على تحقيق الاشتراكية التي تعتبر هدفا اساسيا من اهداف الدولة ، وذلك عن طريق نقل ملكية قطاعات معينة من الأموال التي يملكها الخاضعون للحراسة الى الشعب، ممثلا في المؤسسات والشركات العامة ، وهو ما حدث بالنسبة الى بيع العمارات السكنية والكثير من الأراضي الزراعية والشركات التجارية الى المؤسسات العامة والشركات التابعة لها » (ابراهيم الشربيني حراسات الطوارئ ص ٣٦) .

الى ٢٦ يونيه سنة ١٩٥٦ حيث صدر القانون رقـم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ بالغائها . وما لبثت أن أعلنت ثانية عقب حـرب السويس بالقـرار الجمهورى رقم ٣٢٩ لسنة ١٩٥٦ الصادر فى أول نوفمبر سنة ١٩٥٦ استنادا الى القانون رقم ٥٣٣ لسنة ١٩٥٤ ، واستمر اعلانها بالقرار الجمهورى الصادر فى سنة ١٩٥٨ استنادا لأحـكام قانون الطوارىء رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ . ثم أنهيت بالقرار الجمهورى رقم ١٣١٦ لسنة ١٩٦٤ ، المنشور فى الجريدة الرسمية فى العدد الصـــادر فى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ ثم اعلنت حالة الطوارىء بالقرار الجمهورى رقم ٥٦٠ لسنة ١٩٨١ لمدة سنة ، ثم صدر القرار الجمهورى رقم ٤٨٠ لسنة ١٩٨٢ بمد حالة الطوارىء لمدة سنة أخرى . وظلت حالة الطوارىء تمدد بقرارات جمهورية حتى الآن .

وقد فرضت حراسات كثيرة متعاقبة على أموال الأفراد منـــذ الحرب العالمية الثانية ، وكذلك فرضت الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص بالأمر رقم ١٣٨ الصـــادر فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦١ والأوامر التالية له وعلى الأخص الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ ، ويطلق عليها تجوزا « حراسة الأمن » (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن القانون رقم ٢ لسنة ١٩٥٨ لا يمنع سماع الدعوى التى ترفع بطلب الغاء قرار فرض الحراسة على البنك

---

(١) انظر فى بيـــان تفصيلى لذلـــك ابراهيم الشربينى فى حراســـات الطوارىء ص ١١ — ص ٤٤ ، ويقول الأستاذ ابراهيم الشربينى : « يتخذ الأمر الصادر بفرض الحراسة احدى صورتين : الأولى ان يصـــدر الأمر بفرض الحراسة عـــلى شـــخص معين بالذات او عـــلى اشخاص معينين بذواتهم ، وعلى هذا النمط صدر الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ الذى حـــدد اسماء الأشخاص الخاضعين له . الثانية أن يصدر الأمر بفرض الحراسة على الأشخاص الذين تتوافر فيهم صفة او صفات معينة ، كفرضها عـــلى الأشخاص الذين يتمتعون بجنسية معينة او الذين يقيمون فى بلاد معينـــة . وعلى هذا النمط صدر الأمر العسكرى رقـــم ٥ لسنة ١٩٥٦ الذى فرض الحراسة على اموال الأشخاص الذين ينتمون الى الجنسية الفرنسية او البريطانية ، أو الذين يقيمون فى الجمهورية الفرنسية أو المملكة المتحـــدة » (حراسات الطوارىء ص ١٩٤) .

لأن هذه الدعوى تهدف الى الغاء الحراسة فى أصلها أى فى أساس وجود الحارس وليس الى الطعن فى تصرف قام به الحارس أو تولاه ، كما أن عدم اجازة الطعن فى تصرفات الحارس امام القضاء المقررة بالقانون سالف الذكر لا تفيد صحة فرض الحراسة (1) .

وفرض الحراسة على أموال الفرد يترتب عليه غل يده عن أمواله ، فلا يملك التصرف فيها ولا ادارتها . ويتولى الحارس ذلك نيابة عنه ، فهو الذى يدبر المال ويقبض الايراد ويودعه لحساب الخاضع للحراسة ، ويصرف لهذا الاخير نفقة شهريه مقدرة للانفاق منها على شئون المعيشة . ويتولى الحارس نيابة عنه الوفاء بالتزامه وديونه ، فى حدود الأموال الموجودة تحت يده لحساب الخاضع .

وقد قضت محكمة النقض بانه لئن كان يترتب على فرض حراسة الطوارىء على أموال وممتلكات أحد الأشخاص — على ما تقضى بـه أحكام الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ — رفع يده عن ادارة أمواله ومنعه من التقاضى بشأنها أو متابعة السير فى دعوى كانت مرفوعة عليـه أمام القضاء قبل فرض هذه الحراسة وأن يصبح الحارس العام هو صاحب الصفة الوحيد فى تمثيله امام القضاء الا أن هذا المنع لا يفقد الشخص الخاضع للحراسة أهليته ، فاذا اختصم الحارس العام عـلى أثر فرض الحراسة ليكون الحكم الذى يصدر فى الدعوى حجة عليه ، فانه يكون قد اختصم فى الدعوى اختصاما صحيحا يتفق مع صفة النيـابة التى أسبغها عليه القانون عن الشخص الذى فرضت الحراسة على أمواله . ولا يغير من ذلك بقاء هذا الشخص خصما فى الدعوى وصدور الحكم بالزامه المبلغ موضوع الدعوى ذلك بأنه هـو الأصيل الملزم بالدين المطلوب الحكم به وما الحارس العام الا نائبا عنه نيابة قانونية خوله الشارع بمقتضاه تمثيله أمام القضاء وتنفيذ الاحكام التى تصدر ضده

---

(1) نقض مدنى فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ رقم ١٢٦ صفحة ٩١٦) .

في أمواله التي يتولى الحارس العام ادارتها نيابة عنه (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن مقتضى أحكام الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦٢ الذى أحال الى الأمر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ أن التصرف بالبيع الذى يبرمه الخاضعون للحراسة فى أموالهم بتاريخ لاحق على فرض الحراسة هو أمر محظور قانونا سواء على البائع او المشترى . بل أنه يعتبر جريمة من كليهما ، واذا كان وفاء المشترى بالثمن قد تم تنفيذا لعقد البيع فان هذا الوفاء يكون قد تم بالمخالفة للقانون ولا يجوز له استرداد الثمن من أموال البائعين المفروضة عليها الحراسة بعد تقرير الحارس العام عدم الاعتداد بالعقد بالتطبيق لاحكام الأمر المشار اليه وبعد الحكم ببطلان ذلك العقد ، ذلك لان القضاء بالزام الحارس برد الثمن من أموال البالغين المفروضة عليها الحراسة يعتبر تنفيذا لالتزام على البائع نشأ فى تاريخ لاحق لفرض الحراسة وهو ما تنهى عنه صراحة المادة السادسة من الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ وتحرمه المادة ٢٣ . كما أنه يؤدى الى اهدار الأساس الذى تقوم عليه فكرة الحراسة وتفويت الغرض منها . ولا محل للاستناد الى المادة ١٤٢ من القانون المدنى فى الزام الحارس برد الثمن من أموال البائع المفروضة عليها الحراسة لوجود نصوص خاصة فى الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ تمنع من رد الثمن من تلك الأموال وهى نصوص آمرة ومتعلقة بالنظام العام (١) .

كما قضت محكمة النقض بأن فرض الحراسة الادارية على أموال وممتلكات أحد الاشخاص يترتب عليه ان يتولى الحارس العام ادارة أمواله وتمثيله أمام القضاء وأن مقتضى انهاء الحراسة أن يعود حق التقاضى الى هذا الشخص الا ان المشرع تصور أن هناك فترة تمضى

---

(١) نقض مدنى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٦٥ صفحة ٤٤٣) .

(٢) نقض مدنى فى ٢ مارس سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٧١ صفحة ٤٣٨ .

بين انهاء الحراسة حكما وبين انتهائها فعلا بتسلم الذى كان خاضعا للحراسة أمواله ، وفى هذه الفترة يتولى الحارس أمر هذه الأموال لحين تسليمها لصاحبها وبذلك أناب المشرع الحارس على تلك الأموال نيابة قانونية فى ادارتها وما يستتبع ذلك من حق التقاضى فيما ينشأ عن أعمال ادارتها من منازعات الى ان يتم تسليمها لصاحبها (١) .

ولما كنا نلم بالحراسة هنا من ناحية تعلقها بحق الملكية . فلابد من الاشارة الى القرار بقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رفع الحراسة عن أموال وممتلكات الاشخاص الطبيعية . فقد نصت المادة الأولى من هذا القرار بقانون على أن « ترفع الحراسة عن أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم بمقتضى أوامر جمهورية طبقا لاحكام قانون الطوارىء » . وكان مقتضى رفع الحراسة أن تعاد الى الخاضعين أموالهم . ولكن القرار بقانون سالف الذكر أمم هذه الاموال ،

---

(١) نقض مدنى فى ٢ يونيه سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد الثانى رقم ٢٨٣ صفحة ٥٢٣ .

كما قضت محكمة النقض بانه اذ خول المشرع لرئيس الجمهورية بمقتضى القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارىء ، سلطة اتخاذ تدابير من بينها اصدار الامر بفرض الحراسة ، انما قصد وضع نظام لادارة أموال الخاضعين للحراسة على النحو المقرر بالأمر العسكرى رقم ٥ لسنة ١٩٥٦ بغل يدهم عن ادارتها او التصرف فيها ، فلا يكون لهم تبعا لذلك حق التقاضى بشانها ، وليس ذلك — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — نقض فى اهلية الخاضع للحراسة وانما هو بمثابة حجز على أمواله ، يقيد من سلطته عليها، فيباشرها نيابة عنه الحارس المعين طبقا للقانون لاسباب تقتضيها المصلحة العامة للدولة (نقض مدنى فى ٩ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ٥٤ صفحة ٣٣٩) .

وقضت محكمة النقض ايضا بأن المشرع اذ خول لرئيس الجمهورية بمقتضى القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارىء سلطة اتخاذ تدابير من بينها اصدار الأمر بفرض الحراسة ، انما قصد وضع نظام لادارة أموال الخاضعين للحراسة على النحو المقرر بالامر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ — بغل يدهم عن ادارتها او التصرف فيها فلا يكون لهم تبعا لذلك حق التقاضى بشأنها أثناء الحراسة وليس فى ذلك نقص فى أهلية الخاضع للحراسة وانما هو بمثابة حجز على امواله يقيد من سلطته عليها فيباشرها نيابة عنه الحارس المعين طبقا للقانون لاسباب تقتضيها المصلحة العامة للدولة (نقض مدنى فى أول فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٨ صفحة ٢١٤) .

ولم يدفع عنها تعويضا الا فى حدود ثلاثين ألف جنيه ، فنصت المـادة الثانيه فى هذا الصـــدد على أن « تؤول الى الدولة ملكيـه الاموال والممتلكات المشار اليها فى المادة السابقة . ويعوض عنها صاحبها بتعويض اجمالى قدره ثلاثون ألف جنيه ، ما لم تكن قيمتها أقل من ذلك فيعوض عنها بمقدار هذه القيمة (١) ... ويؤدى التعويض بسندات هذه السندات الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤٪ سنويا ، وتكون هذه السـندات قابله للتداول فى البورصـة . ويجوز للحكومة بعد عشر سـنوات أن تستهلك هذه السندات كليا او جزئيا بالقيمة الاسمية بطريق الاقتراع ، فى جلسة علنية . وفى حالة الاستهلاك الجزئى يعلن عن ذلك فى الجريدة الرسمية قبل الموعد المحدد له بشهرين على الاقل » .

وقد قضت محكمة النقض بان مفاد نص المادة الثانية من القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ والفقرة الرابعة من المـادة الاولى من القـرار الجمهورى رقم ١٨٧٦ لسنه ١٩٦٤ ان المشرع جعل الأموال والممتلكات التى وضعت تحت الحراسة بموجب قانون الطوارىء ملكا للدولة من وقت رفع الحراسة بحكم القانون ، وأراد ان يكون التعويض عنـــها بمقدار صافى قيمتها وبحد اقصى لا يجاوز المبلغ الاجمالى الذى قدره بثلاثين الف جنيه . والغرض من ذلك تصفية الحراسة التى فرضـت

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد ما تنص عليه المادة الثانية من القانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ فى شأن رفع الحراسة عن أموال وممتلكات الاشخاص الذين فرضت عليهم طبقا لاحـكام قانون الطوارىء والفقـرة الرابعه من المادة الاولى من القرار الجمهورى رقم ١٨٧٦ لسنة ١٩٦٤ فى شأن سريان بعض القواعد على الأشخاص الخاضعين لاحكام القانون رقم ١٥٠ لسنه ١٩٦٤ أن المشرع — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — جعل الأموال والممتلكات التى وضـــعت تحت الحراسة بمـوجب قانون الطوارىء ملكا للدولة من وقت رفع الحراسة بحكم القانون وأراد أن يكون التعويض عنها بمقدار صافى قيمتها وبحد اقصى لا يجاوز المبلغ الاجمـالى الذى قدره بثلاثين الف جنيه ، والغرض من ذلـــك تصفية الحراسة التى فرضت عـليهم اصحابها وتجريدهم من أموالهم وممتلكاتهم وحصر مراكزهـم المالية فى نطاق التعويض الاجمالى لاعتبارات اقتضتها مصـــلحة الدولة محافظة على نظامها العام وحماية لاهدافها (نقض مـــدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ١٧١ صفحة ٨٦٥) .

على اصحابه وتجريدهم من أموالهم وممتلكاتهم وحصر مراكـــزهم المالية فى نطاق التعويض الاجمالى لاعتبارات اقتضتها مصلحة الدولة محافظة على نظامها العام وحماية لاهدافها • واذ كانت أيلولة الملكية الى الدولة بقوة القانون ، ولا تتلقاها بمثابة خلف عام أو خاص عـن أصحاب هذه الأموال ، فانها لا تكون مسئولة بحسب الاصل عن ديونهم فى الاموال والممتلكات التى كانت فى الضمان العام أو الخاص محـــلا للوفاء بحقوق الدائنين • الا ان القرار الجمهورى الذى وضع القواعد الخاصة بالتصفية جعل من اختصاص المدير العام لادارة هذه الاموال والممتلكات تقدير قيمتها والفصل فى جدية الديون التى يتقـدم بهـا اصحابها ، واجاز له استثناء من هذا الاصل ان يصدر بشأنها قـرارا بقبول اداء الدين من قيمتها ، فيسدده بعد استنزاله لتكون سـندات التعويض ممثلة لناتج التصفية ، أو يصدر قرار برفض الاداء لعـدم جدية الدين أو صوريته ، أو لأى سبب يقرره القانون ، فيستبعده من حساب التعويض ، ولا يكون للدائن الا حق الرجوع عـلى المدين ، واذ كان القانون يجعل للمدير العام سلطة الفصل فى جدية الديـون ، بملك استنزال ما يقبله واستبعاد ما يرفضه من حسـاب التعـويض ، ويعتبر قراره فى هذا الشان جزءا لا يتجزأ من نظام تصفية الحراسة ، يتوقف عليه تحديد ناتجها لتحقيق أغراضها المتعلقة بالنظام العام • فانه لا يجوز للدائن ان يلجأ الى القضاء لطلب دينه من المدير العام قبل عرضه عليه لاصدار قراره بشأنه ، واذا هو لجأ الى القضاء دون أن يسلك السبيل الذى رسمه القانون فأن الدعوى لا تكون مسـموعة، ويكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك بعدم سماعها ، وللمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها (١) •

وقد كانت الحراسة فى التشريع المصرى نظاما مقصـودا به على الأخص حصر أموال رعايا الأعداء فى وقت الحرب ، واخضاعها لنظام

---

(١) نقض مدنى فى ٩ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ٥٤ صفحة ٣٣٩ •

خاص تقتضيه حالة الحرب . فالتوسع فى الحراسة ، بما تشتمل عليه من قيود ، وما تنطوى عليه من انتقاص فى الأهلية ، وما تتضمنه من رفع الحصانة عن حق الملكية الى حد تأميم ما زاد من المال على ثلاثين ألف جنيه دون تعويض . ومد الحراسة حتى تشمل العدو وغير العدو ، والأجنبى والمصرى . وحالة الحرب وحالة السلم . لا شك فى أن كل ذلك شىء جديد على التشريع المصرى .

٣٨٦ — التأميم (*) :

والتأميم أيضا قيد يرد على حق الملكية ، فتنزع الدولة ملك الشخص جبرا عنه . ويؤول الملك للدولة فى مقابل تعويض يتقاضاه المالك (١) . وينصب التأميم عادة على ملكية مشروع خاص باعتباره أداة من أدوات الانتاج . فينقل المشروع من نطاق الملكية الخاصة الى نطاق الملكية العامة . ويتفق التأميم مع نزع الملكية للمنفعة العامة فى أن كلا منهما يؤدى الى نزع الملكية الخاصة عن صاحبها مقابل تعويض

(*) مراجع :
Vedel فى فن التأميمات Droit Social سنة ١٩٤٦ ص ٤٩ وما بعدها — Baudin ما هو التأميم سنة ١٩٤٦ — Rivero فى اصلاح المشروعات المؤممة داللوز ١٩٤٨ — .Chr ص ١٨١ — Byé, J. Morandièrs فى التأميم فى فرنسا والخارج سنة ١٩٤٨ — Laubadère فى العقود الادارية جزء ٢ — Boulouis فى نظام المشروعات المؤممة . Juris. Classeur Adm. ١٠٠ — ١٠٩ (fasc.) Jacquègnon فى التأميم Savatier - Juris - Classeur Civ. من القانون المدنى الى القانون العام سنة ١٩٥٠ ص ٦٢ Constantin Katzarov فى نظرية التأميم سنة ١٩٦٠ — انسيكلوبيدى داللوز فى القانون الادارى جزء ٢ — وفى القانون الاجتماعى وقانون العمل سنة ١٩٦٠ .

فتحى عبد الصبور فى الآثار القانونية للتأميم فى القانون المصرى — اكثم الخولى دراسات فى قانون النشاط التجارى للدولة — محمد حامد الجمل فى طبيعة المشروعات المؤممة .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التأميم اجراء يراد به نقل ملكية المشروعات الخاصة الى ملكية الدولة لتصبح ملكا للجماعة تحقيقا لضرورات اجتماعية واقتصادية وذلك مقابل تعويض أصحاب هذه المشروعات عن الحقوق المؤممة ، وهو بهذه المثابة لا يعد تعرضا موجبا لضمان الاستحقاق على التصرف ويؤدى الى انتزاع المبيع من يد المشترى يسأل عنه البائع (نقض مدنى فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ١٢٥ صفحة ٧٧٢) .

عادل (١) . ولكن التأميم يختلف عن نزع الملكية للمنفعة العامة فى أن التأميم ينصب على مشروع انتاجى ، واجراءاته سريعة ، أما نزع الملكية للمنفعة العامة فينصب على عقار مملوك لأحد الأفراد وفقا لاجراءات طويلة يؤول العقار بعدها الى الدومين العام .

وللتأميم طرق ثلاث :

(الطريقة الأولى) نقل ملكية المشروع مباشرة الى الدولة فتزول شخصيته الاعتبارية ، ويتخذ شكلا قانونيا جديدا قد يكون مؤسسة أو هيئة عامة أو شركة مساهمة عامة أو شركة من شركات الاقتصاد المختلط ، كما فعل المشرع فى تأميم تجارة الأدوية وتوزيعها وتأميم منشآت كبس القطن وتأميم الشركات بتصفيتها بحكم القانون . وينطوى تحت هذه الطريقة صورتان : صورة التصفية وصورة الاندماج . ففى صورة التصفية يترتب على تأميم الشركة المصفاة بحكم القانون انشاء شخص معنوى جديد من أشخاص القانون العام ، سواء كان مؤسسة عامة أو شركة مساهمة عامة تملك الدولة كل أسهمها ، أو انشاء شركة اقتصاد مختلط جديدة بدلا من الشركة المصفاة ، أو اسناد المشروع الى مؤسسة

---

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه وان كان المشرع الدستورى لم يضمن دستور سنة ١٩٥٨ نصا خاصا فى شأن مبدأ التأميم ، الا ان هذا المبدأ يجد سنده فى النص العام الذى ورد فى المادة الخامسة من هذا الدستور التى تقضى بأن « الملكية الخاصة مصونة وينظم القانون وظيفتها الاجتماعية ولا تنزع الملكية الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون » ، بما مقتضاه جواز تقييد حق الملكية الخاصة نزولا على مقتضيات الصالح العام باعتبارها وظيفة اجتماعية ينظم القانون اداءها فى خدمة الجماعة بأسرها . وهو ما ردده دستور سنة ١٩٧١ فى المادة ٣٢ منه التى جعلت الملكية الخاصة وظيفة اجتماعية وقضت بأن يكون استخدامها بما لا يتعارض مع الخير العام للشعب ، وفى المادة ٣٤ التى نصت على أن الملكية مصونة .... ولا تنزع الملكية الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون ، وما أكده ذلك الدستور فى المادة ٣٥ من انه « لا يجوز التأميم الا للمنفعة العامة وبقانون ومقابل تعويض » (حكم دستورية عليا فى ٥ فبراير سنة ١٩٨٣ فى الدعوى رقم ١٨ لسنة ١ قضائية مجموعة احكام تلك المحكمة الجزء الثانى رقم ١٣ صفحة ٧٧) .

عامة ادارية موجودة من قبل . ومن أمثلة التأميم في صورة التصفية تأميم تجارة الأدوية وتوزيعها (١) ، وتأميم منشآت كبس القطن ، وتاميم شركتى السكر . والتقطير المصريه ، وتاميم شركة سكك حديد مصر الكهربائية وواحات عين شمس (مؤسسه ضاحيه مصر الجديدة)، وتاميم الشركه المصريه للاراضى والمبانى . وفي صورة الاندماج يوجد الاندماج بطريق الضم (annexion) ويتم باتفاق شركتين قائمتين على أن تنضم احداهما الى الاخرى . والاندماج بطريق المزج (combinason) ويتم بطريق خلق شركه جديدة تفنى فيها الشركتان المندمجتان . ومن أمثله الاندماج كصورة من صور التاميم ما قضى به القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٦١ من نقل ملكية « شركة بواخر البوستة الخديويه » الى المؤسسة العامة للنقل والمواصلات ، على أن تتخذ اجراءات ادماجها في الشركة العامة للملاحة البحرية وضم الشركتين الى المؤسسة العامة للنقل والمواصلات .

(الطريقة الثانيه) احتفاظ المشروع بكيانه كما كان قائما قبل التأميم . ويقتصر الأمر على نقل ملكية الاسهم الى الدولة كلها أو بعضها . فتنتفع الدولة بما كان ينتفع به المساهمون . مع بقاء شخصيه

---

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بان المادة الثانية في القرار بقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٤ اذ نصت على ايلولة ملكية الأدوية والمستحضرات — التي يتم تصنيعها بالصيدليات تحت أسماء تجارية أو بقصد الاتجار فيها والسابق تسجيلها بوزارة الصحة — الى المؤسسة المصرية العامة للأدوية والكيماويات والمستلزمات الطبية بدون مقابل ، تكون قد خالفت حكم المادة ٣٦ من الدستور التي تحظر المصادرة العامة للأموال ولا تجيز المصادرة الخاصة الا بحكم قضائي ، مما يتعين معه الحكم بعدم دستوريتها (دستورية عليا في أول مارس سنة ١٩٨٦ في الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ قضائية مجموعة احكام تلك المحكمة الجزء الثالث رقم ٤٦ صفحة ٣١٥) .

كما قضت محكمة القضاء الادارى بأن استيلاء الدولة على الصيدلية المملوكة لشخص ملكية مستقلة من ملكيته لمحل الأدوية التي شملها القانون بمحضر يكون قد صدر معيبا لمخالفته للقانون ويستوجب التعويض (قضاء ادارى في ٢ يونيه سنة ١٩٦٨ في الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١٣ قضائية مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة القضاء الادارى خلال المدة من سنة ١٩٦٦ الى ١٩٦٦ رقم ٢٠٤ صفحة ٢٣٦) .

المشروع الاعتبارية قائمة ، ومع احتفاظ الشركة بنظامها القـانونى • وتمثل ذلك فى تأميم البنوك وشركات التأمين والتـأميم الجزئى لبعض الشركات • فأمم البنك الأهلى بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٠ ، وانتقلت ملكية البنك الى الدولة واعتبر مؤسسة عامة ، على أن تتحول أسهمه الى سـندات على الدولة تكون قابلة للتداول ، ومع بقـائه البنك المركزى للدولة • ثم صدر القانون رقم ٢٥٠ لسنة ١٩٦٠ يفصل بين البنك الأهلى والبنك المركزى ، اذ نص على انشاء مؤسسة عامة ذات شخصية اعتبارية مستقلة تقوم بمباشرة سلطات البنك المركزى واختصاصاته المنصـوص عليها فى القانون رقم ١٦٣ لسـنة ١٩٥٧ ، ومنها الاشراف على تنظيم السياسة الائتمانية والمصرفية وفقا للخطط العامة التى تضعها الدولة بما يساعد على دعم الاقتصاد القومى واستقرار النقد واصداره . على أن يزاول البنك الأهلى المصرى جميع العمليات المصرفية العادية بالشروط والحدود ذاتها التى تخضع لها البنوك التجارية وفقا لأحكام القـانون رقم ١٦٣ لسـنة ١٩٥٧ • ويعتبر كل من البنك الأهلى والبنك المركزى مؤسسة عامة اقتصادية ، لأن كلا منهما يمارس نشاطا تجاريا وماليا • وأمم بعـد ذلك بنك مصر والبنك البلجيكى بالقانون رقم ٦٨٨ لسـنة ١٩٦٠ • ثم أممت سائر البنـوك ، وجميع شركات التـأمين ، وبعض شركات القطاع الخاص وذلك كله بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ([1]) •

---

(١) وتنص المادة الأولى من هذا القانون على ان « تؤمم جميع البنوك وشركات التأمين فى اقليمى الجمهورية ، كما تؤمم الشركات والمنشآت المبينة فى الجدول المرافق لهذا القانون ، وتؤول ملكيتها الى الدولة » . وقد عـدد الجدول المشـار اليه جملة كبيرة من الشركات التى اممت بمـوجب هـذا القانـون ، منها شركات الأوتوبيس فى النواحى المختلفة وشركة المعـادى وفنادق مصر الكبرى وفنادق الوجه القبلى والفنادق المصرية وبورصة مينا البصـل والشركة المصرية المتحدة للملاحة البحرية والشركة العامة للملاحة البحرية وشركة وادى كوم امبو وشركة مياه الاسكندرية وشركات تجـارة الأخشاب المتحدة وشركة مصر للتجارة الخارجية وشركات الأسمنت وشركة مصانع النحاس المصرية وشركات الصـناعات والمنتجات المعدنية وشركة ملاحات البحر الأبيض وشركة ملاحة رشـيد . وتنص المادة الثانية من نفس =

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن القرار بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ بشأن تأميم بعض الشركات والمنشآت بعد أن نص في الفقرة الأولى من المادة الأولى منه على أن تأميم الشركات والمنشآت المبينة بالجدول المرفق به ، حرص في مادته الثانية على تعويض أصحاب المشروعات المؤممة وبين كيفية أداء التعويض اليهم ، فنص على أن

= القانون على ان «تتحول اسهم الشركات ورؤوس اموال المنشآت المشار اليها الى سندات اسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤٪ سنوية ، وتكون السندات قابلة للتداول فى البورصة ، ويجوز للحكومة بعد عشر سنوات ان تستهلك هذه السندات كليا أو جزئيا بالقيمة الاسمية بطريق الاقتراع فى جلسة علنية . وفى حالة الاستهلاك الجزئى يعلن عن ذلك فى الجريدة الرسمية قبل الموعد المحدد له بشهرين على الأقل » . وتنص المادة الرابعة على أن « تظل للشركات والبنوك المشار اليها فى المادة الأولى محتفظة بشكلها القانونى عند صدور هذا القانون ، وتستمر الشركات والبنوك والمنشآت المشار اليها فى مزاولة نشاطها دون ان تسأل الدولة عن التزاماتها السابقة الا فى حدود ما آل اليها من اموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم . ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية ادماج اى شركة أو بنك أو منشأة منها فى شركة أو بنك او منشأة اخرى » .

وصدر فى نفس اليوم (٢٠ يوليه سنة ١٩٦١) القرار بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٦١ تنص المادة الأولى منه على ما يأتى : « يجب أن تتخذ كل من الشركات والمنشآت المبينة فى الجدول المرافق لهذا القانون شكل شركة مساهمة عربية ، وأن تساهم فيها احدى المؤسسات العامة التى يصدر بتحديدها قرار من رئيس الجمهورية بحصة لا تقل عن ٥٠٪ من رأس المال» . وعدد القانون طائفة من الشركات تطبق عليها المادة سالفة الذكر ، منها شركة مصانع ياسين للزجاج وكثير من شركات المقاولات وكثير من شركات التصدير والتوريد ومن شركات الحليج والمطاحن ومصانع الغزل والنسيج . وقد أممت هذه الشركات تأميما كاملا فيما بعد .

وفى نفس اليوم أيضا (٢٠ يوليه سنة ١٩٦١) صدر القرار بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦١ ، وتنص المادة الأولى منه على انه « لا يجوز لأى شخص طبيعى أو معنوى أن يمتلك فى تاريخ صدور هذا القانون من أسهم الشركات المبينة فى الجدول المرافق لهذا القانون ما تزيد قيمته السوقية عن عشرة آلاف جنيه ، وتؤول الى الدولة ملكية الأسهم الزائدة . وتؤخذ هذه الزيادة من كل نوع من الأسهم بنسبة القيمة الزائدة الى القيمة الكلية للأسهم ، وبحيث تعادل هذه القيمة عددا صحيحا من الأسهم . ولا تسرى أحكام هذه المادة على الأسهم التى تملكها الهيئات والمؤسسات العامة » .

وتنص المادة ٣ من نفس القانون على أن « تسدد الحكومة قيمة الأسهم التى آلت ملكيتها اليها بموجب سندات اسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤٪ سنويا . . . . ولكن صدر بعد ذلك قانون يقضى بأن =

« تتحول أسهم الشركات ورؤوس أموال المنشآت المؤممة الى سـندات اسمية على الدولة لمدة خمس عشرة سنة ... » ، كما أفصح المشرع فى المذكرة الايضاحية للقانون عن مقاصده واعتبارات المصلحة العامة التى تغياها من اصداره فأشار الى أن الهدف من التأميم هو توسيع قاعدة القطاع العام بحسبانه ضرورة قومية لتوجيه الاقتصاد القومى توجيها مؤثرا ومفيدا لخطـة التنمية بما يكفل المضى بها قدما نحو الغـايات المقصـودة منهـا مما تقتضى حشد القوى الفنية والامكـانيات المادية اللازمة لها — دون ترك أعبائها وتمويل احتيـاجاتها للقطاع الخـاص الذى قد يتجه بجهوده وفق الاحتياجات التى تمليها مصالحه الخاصـة وفى ذلك ما قد يقيم العثرات أمام خطـة التنمية » ، لما كان ذلك ، فان ما ذهب اليه المدعون من أن ذلك القرار بقانون اذ قضى بتأميم الشركة المملوكة لهم لم يستهدف الصالح العام وان تأميمها قد تم بغير مقـابل بما ينطوى على مصادره للملكية الخاصة التى كفلها الدستور يكون غير سديد (١) .

= الشخص لا يتقاضى هذه الزيادة الا فى حدود ١٥٠٠٠ جنيه فقط ، وبذلك آلت ملكية ما زاد على هذه القيمة من الأسهم الى الحكومة بدون اى مقابل او اى تعويض . ويذكر ذلك بما وقع للخاضعين للحراسة ، فهؤلاء ايضا لا يتقاضون تعويضا عن اموالهم الا فى حدود ٣٠٠٠٠ جنيه ، فتكون الأموال الزائدة على هذا القدر قد آلت هى ايضا الى الحكومة دون اى مقابل أو اى تعويض . والشركات التى يسرى عليها هذا القانون هى أكبر الشركات التجارية والصناعية فى مصر ، وقد أممت هـذه الشركات تعـد ذلـك تأميما كاملا .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بان وضع حد اقصى للتعـويض المستحق لاصحاب المشروعات المؤممة يعتبر استيلاء دون مقابل على السندات الاسمية المملوكة لهم والزائدة على هذا الحد وتجريدهم بالتالى من ملكيتها ، ويشكل اعتداء على الملكية الخاصة ومصادره للأموال بالمخالفة لحكم المادتين ٣٤ و ٣٦ من الدستور (حكم الدستورية العليا فى ٢ مارس سنة ١٩٨٥ فى الدعوى رقم ١ لسنة ١ قضائية ، مجموعة احكام المحكمة الدستورية العليا ، الجزء الثالث رقم ٢٦ صفحة ١٦٢) .

(١) حكم الدستورية العليا فى ٥ فبراير سنة ١٩٨٣ فى الدعوى رقم ١٨ لسنة ١ قضائية ، مجموعة احكام تلك المحكمة الجزء الثانى رقم ١٣ صفحة ٧٧ .

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن ملكية السندات الاسـمية التى تحـولت اليها القيمة الكـاملة لأسـهم ورؤوس أموال الشركات والمنشآت المؤممة قد استقرت لأصحابها بموجب قوانين التأميم ، بما تخوله لهم ملكية هذه السندات من حقوق كالتصرف فيها بالبيع بتداولها فى البورصة أو كوسيلة للوفاء بالتزاماتهم قبل الدولة بقدر قيمتهـا ، والانتفاع بما تغله من ريع ، فان مقتضى تطبيق الفقرة الأولى من المادة الأولى من القرار بقانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٦٤ المطعون عليه من وضع حد أقصى للتعويض المستحق لأصحاب المشروعات المؤممة بما لا يجاوز ١٥ ألف جنيه . اسـتيلاء الدولة دون مقابل على السـندات الاسـمية المملوكة لهم والزائدة عن هذا الحد وتجريدهم بالتـالى من ملكيتهـا . الأمر الذى يشكل اعتداء على الملكية الخاصة ومصادرة للأموال بالمخالفة لحكم المادة ٣٤ من الدستور التى تنص على أن الملكية الخاصة مصونه والمادة ٣٦ منه التى تحظر المصادرة العامة ولا تجيز المصادرة الخاصـة الا بحكم قضائى . فضلا عن أن النص التشريعى — محل الطعن بوضعه حدا أقصى لما يملكه أصحاب المشروعات المؤممة من السندات الاسـمية التى تحـولت اليها حصـصهم وأنصـبتهم فى هذه المشروعات — وان تعددت — يكون قد انطوى على مخالفة لأحكام الدستور الذى لا يجيز تحديد حد أقصى الا بالنسبة للملكية الزراعية طبقا للمادة ٣٧ منه ، الأمر الذى يتضمن بدوره مساسا بالملكية الخاصة بالمخالفة لحكم المادة ٣٤ من الدسـتور [1] .

وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى القانون رقم ١١٧ لسنه ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشـآت وقوانين التأميم اللاحقـة — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن المشرع لم يشأ انقضاء الشركة أو

---

(١) دستورية عليا فى ٢ مارس سنة ١٩٨٥ فى الدعوى رقم ١ لسنة ١ قضائية ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الثالث رقـم ٢٦ صفحة ١٦٢) .

المنشـــأة المؤممة بمقتضى هذه القوانين بل رأى الابقـاء على شـــكلها القانونى واستمرارها فى ممارسة نشاطها مع اخضـاعها للجهة الادارية التى يرى الحاقها بها ، وهذا الاشراف لا يعنى زوال شـــخصية الشركة أو المنشأة المؤممة بل تظل شخصيتها المعنوية التى كانت لها قبل التأميم وذمتها المالية المستقلة بما عساه يكون مخالفا بها من التزامات فتســأل الشركة المؤممة مسئولية كاملة عن جميع التزاماتها السابقة على التأميم كنتيجة حتمية لاستمرار شـــخصيتها المعنوية التى كانت لها قبل التأميم ملكية أســهم الشركات المؤممة الى الدولة مع تحديد مســئوليتها عن التزاماتها السابقة فى حدود ما آل اليه من أموالها وحقوقهـا فى تاريخ التأميم ، ذلك أن مسئولية الدولة — وقد أصبحت المساهم الوحيد بعد ان آلت اليها ملكية الشركة المؤممة — لا تعدو أن تكون تطبيقا للقواعد العامة فى مســئولية المســاهم الذى لا يســأل أثناء قيام الشركة عن التزاماتها وانما تتخذ مسئوليته عند التصفية بقيمة ما يملكه من أسهم ، لما كان ما تقدم فان مسئولية اصــحاب الشركة المؤممة الســابقين عن ديونها فيما زاد على أصــولها التى آلت الى الدولة لا تقوم الا عنــد تصفيتها لتغطية ما يزيد عن مسئولية الدولة (١) .

كما قضت محكمــة النقض بأن مؤدى القانون ١١٧ لســنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت ومذكرته الايضاحية — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن الشــارع لم يشأ انقضــاء المشروع المؤمم بمقتضى هذا القانون بل رأى — مع الاحتفاظ له بشخصــيته وبذمتــه المستقلتين عن شخصــية الدولة وذمتها ومع اســتقراره فى ممارســته نشاطه — اخضاعه للجهة الادارية التى يرى الحاقه بها ، وهذا الاشراف لا يعنى زوال شخصية المشروع المؤمم بل تظل له شخصيته المعنوية التى كانت له قبل التأميم وذمته المالية المستقلة بما عساه يكون عالقا بها من

---

(١) نقض مدنى فى ١٢ يونيه سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٢٧٨ صفحة ١٤٤٧ .

التزامات ويسأل المشروع مسئولية كاملة عن جميع التزاماته السابقة على التأميم كنتيجة حتمية لاستمرار شخصيته المعنوية (١) •

(الطريقة الثالثة) وتختص بها المرافق العامة ، وهى التأميم بسحب الالتزام • وقد بدأ التأميم فى مصر ، أول ما بدأ ، فى صورة استيلاء الحكومة على المرافق العامة التى عهد بادارتها الى الملتزمين • بعد نهاية مدة الالتزام أو فى أثناء هذه المدة • فاستولت الحكومة على شركة ترام الاسكندرية بالمرسوم الصادر فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٨ بعد انتهاء مدة الالتزام ، وعلى مرفق الغاز والكهرباء بالقاهرة بالقانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٤٨ بعد انتهاء مدة الالتزام كذلك ، وعلى شركة سكك حديد الدلتا فى سنة ١٩٥٣ قبل نهاية مدة الالتزام • واتخذ التأميم مظهرا سياسيا بتأميم شركة قناة السويس بالقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ، فى صورة استرداد الالتزام الممنوح للشركة قبل نهاية مدته • وسحب الالتزام كذلك من شركة مياه القاهرة ، وشركة ماركونى ، وشركات النقل العام للركاب ، وشركة ترام القاهرة ، وشركة ليبون بالاسكندرية •

وقد جعل المشرع لصاحب المشروع المؤمم الحق فى تعويض عادل فى مقابل التأميم ، ويعتبر التعويض عن التأميم مبدأ أساسيا ، وهو الذى يميز التأميم عن المصادرة • ويتخذ التعويض عن التأميم صورا شتى • فقد يكون تعويضا نقديا ، كما فى حالة تأميم تجارة الأدوية وتوزيعها وكما فى حالة تأميم قنال السويس وشركة مياه القاهرة • وقد يكون التعويض بتحويل أسهم المشروع الى سندات على الدولة لصالح المساهمين أو أصحاب المشروع المؤمم ، كما وقع فى تأميم الشركات والبنوك بالقوانين رقم ١١٧ و ١١٨ و ١١٩ لسنة ١٩٦١ (٢)

---

(١) نقض مدنى فى ١٣ مارس سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ١٥٤ صفحة ٧٨١) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٧ أوجب فى مادته الأولى على البنوك التى تعمل فى جمهورية مصر أن تتخذ شكل =

وتأميم منشآت كبس القطن بالقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٦١ المعدل بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٦١ وتأميم بنك مصر والبنك الأهلى المصرى • وقد يكون التعويض ، فى حالة تأميم الشركات بتصفيتها بحكم القانون وانشاء شركة جديدة من شركات الاقتصاد المختلط ، بتقويم أموال الشركة المصفاة وتقسيمها على أسهم يكون بعضها للمساهمين والبعض الآخر للدولة ، كما وقع فى تصفية الشركة العامة لمصانع السكر والتكرير المصرية وشركة التقطير المصرية وانشاء شركة مساهمة جديدة باسم شركة السكر والتقطير •

وقد قضت محكمة النقض بانه اذ نص القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٣ الصادر بتأميم بعض الشركات والمنشآت فى مادته الثالثة على أن تتولى اللجان المنصوص عليها فيها تقييم المنشآت غير المتخذة شكل شركات مساهمة ، وتكون قرارات هذه اللجان النهائية غير قابلة للطعن فيها ، وفى المادة الرابعة على ألا تسأل الدولة عن التزامات المنشآت المشار اليها الا فى حدود ما آل اليها من أموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم وتكون أموال أصحابها وأموال زوجاتهم واولادهم ضامنة للوفاء بالالتزامات الزائدة على اصول هذه المنشآت . فقد دل على ان تكون الدولة مسئولة أصلا عن سداد التزامات هذه المنشآت فى حدود ما آل اليها من أموالها وحقوقها فى تاريخ التأميم ، وان أموال أصحاب تلك المنشآت وزوجاتهم

= شركات مساهمة وان تكون جميع اسهمها اسمية ومملوكة لمصريين دائما ، وقضى القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ فى مادته الأولى بتأميم جميع البنوك وقرر فى مادته الثانية بتحويل اسهم وأموال هذه البنوك الى سندات اسمية على الدولة قابلة للتداول فى البورصة ، ونص فى مادته الرابعة على انه « تظل الشركات والبنوك المشار اليها فى المادة الأولى محتفظة بشكلها القانونى عند صدور هذا القانون وتستمر الشركات والبنوك المشار اليها فى مزاولة نشاطها » ، ومؤدى هذه النصوص أن اتخاذ البنك الذى أمم شكل الشركة المساهمة العامة بنقل ملكية الاسهم الى الدولة واحتفاظه بعد التأميم بشكله القانونى وشخصيته المعنوية لا يترتب عليه أن يفقد البنك باعتباره مؤمما اهليته فى الخصومة (نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٦٠ صفحة ١٧٢٠) .

وأولادهم لا تكون ضامنة للوفاء بالتزاماتها الا بالنسبة لما زاد عن هذه الاموال وتلك الحقوق (١) .

الا ان المحكمة الدستورية العليا قضت بانه لما كان مقتضى نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٣ حسبما يبين من عبارتها المطلقة تحميل أموال الزوجات والاولاد بضمان الوفاء بالتزامات الشركات والمنشآت المؤممة المشار اليها فى هذه الفقرة الزائدة على أصولها ، حال أنه لا علاقة لهم بها ودون أن يكون ثمة وجه لمسئوليتهم عنها ، فضلا عما اتسم به هذا الضمان من شمول لجميع أموال الزوجات والاولاد ولو كانت فى مصدرها منبتة الصلة بالشركة أو باصحابها . لما كان ذلك ، وكان خلق هذا الضمان الاستثنائى الذى حمل به المشرع أموال الزوجات والاولاد وفاء لديون لا شأن لهم بها ، مؤداه الحتمى تجريد هؤلاء من ملكيتهم لهذه الأموال ونزعها جبرا عنهم عند التنفيذ عليها اقتضاء لتلك الديون بما قد يصل الى حد حرمانهم منها جميعا عند استغراق الديون لقيمة الأموال ، واذ كان ذلك لا يعد من قبيل

---

(١) نقض مدنى فى ٧ يونية ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض السنة السنة ٢٤ رقم ١٥٥ صفحة ٨٨١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن قانون التأميم لم يتضمن نصا كالذى تضمنته قوانين الاصلاح الزراعى بالاعتداد بتصرفات الملاك الثابتة التاريخ قبل العمل به بل انه قد خلا من اى تنظيم لهذه التصرفات وبذلك بقيت على اصلها خاضعة لاحكام القانون المدنى (نقض مدنى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٣٩ صفحة ١٥٦٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن فرض الحراسة الادارية على أموال وممتلكات احد الأشخاص وفقا لاحكام الامرين ١٣٨ لسنة ١٩٦١ و ٤ لسنة ١٩٥٦ يترتب عليه ان يتولى الحارس العام ادارة امواله وتمثيله امام القضاء وانه اذا اقتضت ادارة هذه الأموال تعيين حراس خاصين عليها فان اختصاصاتهم تتحدد وفقا للقرارات التى تصدر من الحارس العام وفى نطاق ما يفوضهم فيه من سلطاته ، ومؤدى ذلك ان هؤلاء الحراس ومندوبيهم فيما لهم انما يقومون على أدارة تلك الاموال نيابة عن الحارس العام وبتفويض منه (نقض مدنى فى ٢٢ ابريل سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١١٧ صفحة ٧٢٧) .

نزع الملكية للمنفعة العامة ، ولا يعتبر من صور تأميم المشروعات ، فان النص التشريعي المطعون عليه يشكل اعتداء على الملكية الخاصة بالمخالفة لحكم المادة ٣٤ من الدستور التى تقضى بأن الملكية الخاصة مصونة (١).

وقد قضت محكمة النقض بان اختصاص لجان التقييم — وعلى ما بينته المادة الثالثة من القانونين ١١٧ و ١١٨ لسنة ١٩٦١ — هو تقييم رؤوس أموال الشركات المساهمة المؤممة التى لم تكن اسهمها متداولة فى البورصة أو كان قد مضى على آخر تعامل عليها أكثر من ستة شهور وكذلك تقييم المنشآت غير المتخذة شكل الشركات مساهمة وتقييم رأس مال المنشأة يكون بتحديد الحقوق والأموال المملوكة لها وقت تأميمها وتقدير قيمتها وتحديد مقدار ديونها فى ذلك التاريخ وعلى ضوء ذلك يتحدد صافى رأس مال المنشأة المؤممة ويكون قرار لجنة التقييم فى هذا الشأن نهائيا وغير قابل للطعن فيه متى التزمت اللجنة فى تقييمها بعناصر المنشأة اصولا وخصوما وقت تأميمها ، أما اذا أخرجت لجنة التقييم عن هذا النطاق الذى رسمه لها المشرع بإن أضافت الى أموال وحقوق المنشأة ما ليس لها أو استبعدت منها شيئا أو حملها بديون ليست ملزمة بها ، فان قرارها فى هذا الصدد لا يكتسب اية حصانة ، ولا يكون حجة قبل الدولة أو أصحاب الشأن ، كما انه ليس للجان التقييم ان تفصل فى أى نزاع يثور بشأن الأموال والحقوق المتنازع عليها بين المنشأة المؤممة وبين الغير أو أن تتعرض لاى نزاع آخر ولا يتعلق بالتقييم فى ذاته ، ذلك أن تحقيق المنازعات والفصل فيها من اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة فى ذلك الا ما استثنى بنص خاص ، فاذا تعرضت لجنة التقييم للفصل فى تلك المنازعات ، فان قرارها لا يكتسب حصانة تحول دون طرح تلك المنازعات على المحاكم المختصة لتحقيقها والفصل فيها ولا يعد ذلك طعنا فى قرارات

---

(١) دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٨٥ فى الدعوى رقم ٦٧ لسنة ٤ قضائية : مجموعة احكام تلك المحكمة الجزء الثالث رقم ٢١ صفحة ١٢٢) .

لجان التقييم وانما هو سعى الى الجهة ذات الولاية العامة للحصول على قضاء يحسم تلك المنازعات ، لما كان ذلك وكان المطعون ضدهم الخمسة الأول باعتبارهم أصحاب مضرب الارز قبل تأميمه اقاموا الدعوى منازعين فى مقدار المبلغ الذى حملتهم به لجنة التقييم وخصصته لحساب الضرائب لانه يزيد كثيرا على ما استحق عليهم من هـــذه الضرائب بالفعل، وكان الفصل فى تلك المنازعة يخرج عن اختصـــاص لجنة التقييم ويدخـــل فى اختصاص المحاكم ذات الولاية العامة فضلا عن ان قرار لجنة التقييـــم بتحميل المنشأة المؤممة بمبالغ غير مدينة بهـــا للغـــير ، لا يلحقه وصف النهائية المنصوص عليها فى المادة الثالثة سالفة الذكر ولا يكتسب حصانة تحول دون الالتجاء الى المحاكم المختصة (١) •

وقد قضت المحكمة الادارية العليا بان عـــدم دستورية المادة الثانية من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٣ بتأميم محالج القطن فيما تضمنه من النص ، على ان تكون قرارات لجان التقييم نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى وجه من أوجه الطعن ، يرجع الى أن تحصين تلك القرارات من رقابة القضاء يكون قد انطوى على مصادرة حق التقاضى واخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين (٢) •

٢ — نزع الملكية للمنفعة العامة

٣٨٧ — قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين :

كان القانون رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ بشأن نزع ملكية العقارات للمنافع العمومية لدى المحاكم الأهلية والقوانين المعـــدلة له هى القوانين التى تسرى فى نزع ملكية العقار للمنفعة العامة أمام القضـــــاء الوطنى • ثم

---

(١) نقض مدنى فى ٢٠ مارس سنة ١٩٧٨ مجمـــوعة احـــكام النقض السنة ٢٩ رقم ١٥٩ صفحة ٨٠٩ •

(٢) ادارية عليا فى ١١ فبراير سنة ١٩٨٤ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا السنة ٢٩ صفحة ٦٤٢ •

صدر المرسوم بقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ بادخال أحكام جديدة فيما يتعلق بنزع الملكية للمنافع العامة .

وأخيرا صدر فى نوفمبر سنة ١٩٥٤ القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ يحل محل القانونين رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ ورقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ ويلغيهما . وجاء فى صدر المذكرة الايضاحية لقانون سنة ١٩٥٤ : « تنظم اجراءات نزع ملكية العقارات اللازمة للمنافع العامة الأحكام الواردة بالقانون رقم ٥ الصادر فى سنة ١٩٠٧ ، وقد مضى على صدوره ما يقرب من نصف قرن تطورت خلاله أحوال البلاد تطورا ملحوظا فى شتى وسائل الاصلاح ، وزادت أعمال المشروعات الخاصة بالرى والصرف وانشاء الطرق والمستشفيات ودور التعليم والمنشآت العامة . وقد أصبحت أحكام هذا القانون قاصرة عن مسايرة هذا التطور . لذلك كان من الضرورى وضع تشريع ينظم نزع ملكية العقارات التى تلزم لتنفيذ المشروعات ، بحيث يكفل الى جانب حقوق ذوى الشأن سرعة القيام بهذه الإجراءات مبسطة حاسمة ، وتيسير الحاجة الملحة الى تحقيق ثمرات المشروعات العامة للبلاد ، فى أسرع وقت ممكن . وقد اشتمل مشروع القانون المرافق على المبادىء التى تحقق الأهداف المذكورة ، مع توفير الضمانات الكافية لحماية حق الملكية وكافة حقوق ذوى الشأن ، وتعويضهم عنها تعويضا عادلا يقتضونه فى فترة وجيزة » .

ولما كان قانون نزع الملكية للمنفعة العامة هو من المباحث الرئيسية للقانون الادارى ، فانه لا يعنينا منه هنا الا الأحكام التى تقررت فيه لحماية الملكية الخاصة ، والاجراءات التى رسمت لضمان هذه الحماية، وبخاصة التعويض المنزوع ملكيته تعويضا عادلا عن ملكه .

٣٨٨ — الضمانات التى تكفل حماية الملكية الخاصة فى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة :

رأينا أن المادة ٨٠٥ مدنى تنص على أنه « لايجوز أن يحرم أحد ملكه الا فى الأحوال التى يقررها القانون ، وبالطريقة التى يرسمها،ويكون

ذلك فى مقابل تعويض عادل »(١) • ولما كان قانون نزع الملكية للمنفعة العامة هو التطبيق المباشر لهذا النص ، فقد روعى فيه ان يشتمل على نفس الضمانات الواردة فى النص لكفالة الحماية الواجبة للملكية الخاصة •

فهناك اذن ضمانات ثلاثة فى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة لتأمين حصانة الملكية الخاصة :

١ — عدم جواز نزع الملكية الخاصة الا فى الأحوال التى يقررها قانون نزع الملكية •

٢ — وجوب اتباع الاجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية اذا عمدت جهة الادارة الى نزع الملكية الخاصة •

٣ — وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته تعويضا عادلا •

وقد قضت محكمة النقض بأن المقرر بنص المادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٧١ ان الملكية الخاصة مصونة فلا تنزع الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون • كما نصت المادة ٨٠٥ من القانون المدنى على أنه لايجوز ان يحرم احد من ملكه الا فى الاحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى رسمها ويكون ذلك مقابل تعويض عادل • ونصت المادة الأولى من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة أو التحسين على أن يجرى نزع ملكية العقارات اللازمة للمنفعة العامة والتعويض عنه لاحكام هذا القانون• ومؤدى ذلك — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — ان يكون مصدر التزام الجهة نازعة الملكية بتعويض الملاك هو القانون وليس العمل غير المشروع وذلك سواء التزمت تلك الجهة الاجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية أو التفتت عنها اذ ان نزع الملكية دون اتخاذ الاجراءات القانونية يؤدى الى الاستيلاء على ملك صاحب الشأن ونقل حيازته

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٨١ •

للدولة التى تخصصه للمنفعة العامة فيتفق فى غايته مع نزع الملكية باتخاذ الاجراءات القانونية ، ومن ثم فيستحق ذوو الشأن جميع مايرتبه قانون نزع الملكية من حقوق بما فى ذلك الحق فى التعويض يعادل الثمن يتقاضونه من ادارة نزع الملكية بمصلحة المساحه والتى ناط بها المشرع القيام بكافة الاجراءات اللازمة لتحديد مساحة العقار وتعيين ملاكه ويقدر التعويض المستحق لاصحابه عن نزع ملكيته وسداده اليهم (١) .

٢٨٩ — الضمان الأول — عدم جواز نزع الملكية الخاصة الا فى الاحوال التى يقررها قانون نزع الملكية :

لايجوز نزع الملكية الا اذا كان ذلك تحقيقا لمنفعة عامة . ويكون تقرير المنفعة العامة بقرار من الوزير المختص ، وينشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية ويلصق فى مقر العمدة أو البوليس وفى المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار وفى المحل المعد للاعلانات بالمحافظة .

واستثناء من الحكم السالف الذكر ، يجوز نزع الملكية ، لاتحقيقا لمنفعة عامة ، بل من أجل التحسين . فقد نصت المادة ٢٢ من قانون نزع الملكية على أنه « اذا كان الغرض من نزع الملكية هو انشاء أحد الشوارع أو الميادين أو توسيعه أو تعديله أو تحديده أو انشاء حى جديد أو لشأن من شؤون الصحة أو التحسين أو التجميل ، جاز أن يشمل نزع الملكية ، فضلا عن العقارات اللازمة للمشروع الاصلى ، أية عقارات أخرى ترى السلطة القائمة على أعمال التنظيم أنها لازمة لتحقيق الغرض المقصود من المشروع ، أو لأن بقاءها بحالتها من حيث الشكل

---

(١) نقض مدنى فى ٢٢ ابريل سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢٠٣ صفحة ١٠٦٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين من تقرير الخبير الذى اعتمده الحكم المطعون فيه أن العقارات موضوع النزاع قد نزعت ملكيتها للمنفعة العامة وازيلت تماما واصبحت أرضها ضمن الطريق العام ، وكانت العقارات التى تنزع ملكيتها للمنفعة العامة تكتسب صفة المال العام ولا يرد عليها اى سبب من أسباب كسب الملكية عملا بما تقضى به المادة ٨٧ من =

أو المساحة لا يتفق مع التحسين أو التجميل المطلوب • كما يجوز نزع ملكية أية عقارات اخرى بقصد تحقيق الأغراض سالفة الذكر ، دون أن يكون ذلك مرتبطا بمشروع منفعة عامة » •

ويخلص من ذلك أن هناك حالتين يجوز فيهما نزع الملكية الخاصة:

١ — الحالة التي تريد فيها جهة الادارة تحقيق منفعة عامة ، لشأن من شؤون التنظيم (انشاء شارع أو ميدان أو توسيعه أو انشاء حي جديد الخ) ، أو الصحة أو الري ، أو الأغراض العسكرية . أو غير ذلك من شؤون المنفعة العامة •

٢ — الحالة التي تريد فيها جهة الادارة ، لاتحقيق منفعة عامة . بل التحسين والتجميل • والتحسين الذي تنزع الملكية لتحقيقه اما أن يكون تابعا لمشروع من مشروعات المنفعة العامة فتنزع ملكية عقارات أخرى غير العقارات اللازمة لتحقيق المنفعة العامة ، أو ان يكون مستقلا غير مرتبط بأي مشروع للمنفعة العامة فيكون نزع الملكية بقصد تحقيق التحسين أو التجميل المطلوب •

وقد قضت محكمة النقض بأن ماقرره الحكم المطعون فيه من أنه يترتب على صدور قرار الوزير المختص بتقرير المنفعة العامة ونشره بالجريدة الرسمية انتقال ملكية العقارات اللازمة لتنفيذ المشروع للدولة، والتزام الجهة التي عهد اليها بتنفيذ باخطار ذوي الشأن حتى يتمكن من معاينة تلك العقارات وتحديد التعويض المستحق لكل ذي شأن وهي وشأنها بعد ذلك في تنفيذ المشروع في الوقت الذي تراه متى انتهت الاجراءات التي أوجبها القانون . هذا التقرير لا يصدق الا بالنسبة

= القانون المدني ولا يكون لملاك هذه العقارات الا الحق في التعويض وفقا للاجراءات المقررة في القانون ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتثبيت ملكية المطعون عليهم عدا الأول للعقارات المذكورة رغم ان ملكيتها قد نزعت للمنفعة العامة فانه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني في ١٨ يناير سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٥٨ رقم ٥٥ صفحة ٢٥٥) •

للعقارات التى تقرر لزومها لتحقيق الغرض المقصود من المشروع ، أو لان بقاءها بحالتها من حيث الشكل والمساحة لايتفق مع التحسين أو التجميل المطلوب مادام الغرض من نزع الملكية هو أنشاء احد الشوارع أو الميادين أو توسيعه أو تعديله أو تجديده أو انشاء حى جديد أو شأن من شئون الصحة أو التحسين أو التجميل على ماتنص عليه المواد ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٦ و ٢٢ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المعدلة بالقانونين ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ و ١٣ لسنة ١٩٦٢ ، فاذا كان مؤدى دفاع الطاعن المستأجر أن محله غير لازم لتنفيذ المشروع وانه ماكان للمطعون عليه الأول أن ينبه عليه باخلائه ، واذ نبه عليه رغم ذلك بالاخلاء فى الاجل الذى حدده بخطابه وأغفل اخطاره بعدوله عن هدم المبنى ، فانه يكون قد ارتكب خطأ يوجب مسئوليته عما أصابه من ضرر ، واذ لم يتناول الحكم دفاع الطاعن ردا عليه ولم يعن بتمحيص هذا الدفاع والرد عليه فأنه يكون قاصر البيان بما يعجز محكمة النقض من مراقبة تطبيقه للقانون ويستوجب نقضه (١) .

٣٩٠ — الضمان الثانى — وجوب اتباع الاجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية :

وهذه الاجراءات تتلخص فيما يأتى :

أولا — بيان المشروع المطلوب اعتباره من أعمال المنفعة العامة أو من أعمال التحسين : ويصدر بذلك قرار من الوزير المختص كما سبق القول (٢) ، ويرفق بهذا القرار مذكرة ببيان المشروع ورسم بتخطيطه الاجمالى . وينشر هذا القرار على الوجه المبين فيما سبق (٣) . وبمجرد حصول النشر يكون لمندوبى المصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية الحق فى دخول العقار لاجراء العمليات الفنية والمساحية ووضع علامات التحديد

---

(١) نقض مدنى فى ١٢ ابريل سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ٩١ صفحة ٥٧٠ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٨٩ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٣٨٩ .

والحصول على البيانات اللازمة بشأن العقار .

ثانيا — حصر العقارات المطلوب نزع ملكيتها وعرض البيانات الخاصة (١) بها : ويكون ذلك بواسطة لجنة مؤلفة من مندوب عن المصلحة القائمة بنزع الملكية وأحد رجال الادارة المحليين والصراف . وتحرر اللجنة ، بحضور ذوى الشأن بعد اخطارهم بالحضور فى الموعد المعين ، محضرا تبين فيه هذه العقارات وأسماء الملاك وأصحاب الحقوق (من ذوى الحقوق العينية والمستأجرين) . ويكون التحقق من صحة البيانات المذكورة بمراجعتها على دفاتر المكلفات والمراجع الأخرى . وتعد المصلحة القائمة بنزع الملكية كشوفا من واقع عملية الحصر سالفة الذكر تبين فيها العقارات التى تم حصرها ومساحتها ومواقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال اقامتهم والتعويضات التى تقدرها لهم ، وتعرض هذه الكشوف ومعها خرائط تبين مواقع هذه العقارات فى المقر الرئيسى للمصلحة وفى المكتب التابع لها بعاصمة المحافظة وفى مقر العمدة أو مقر البوليس لمدة شهر . ويخطر الملاك وأصحاب الشأن بهذا العرض ، بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . ويخطر فى نفس الوقت الملاك والمستأجرون بالاخلاء ، على أن يتم الاخلاء فى مدة أقصاها خمسة شهور . وتتقدم الاعتراضات من ذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء مدة العرض وهى شهر كما قدمنا ، وتتعلق هذه الاعتراضات اما بحق على العقار فترفق به جميع المستندات المؤيدة له ، أو بالتعويض الذى قدرته المصلحة وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى التعويض .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن احكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ معدل بالقانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ تقضى بأن تقرير المنفعة العامة للعقارات المراد نزع ملكيتها يكون بقرار من رئيس الجمهورية وينشر فى الجريدة الرسمية ويلصق فى الأماكن التى حددتها المادة الثامنة من القانون ، وبمجرد حصول النشر يكون لمندوبى المصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية حق دخول العقارات لاجراء العمليات اللازمة لذلك على انه تيسيرا للادارة فى القيام بتنفيذ المشروعات =

ثالثا — نقل ملكيـة العقـار المنزوع ملكيتـه : فاذا لم تقـدم اعتراضات أصبحت الكشوف نهائية ، ويكون أداء التعويض المقدر الى أصحاب الحقوق مبرئا لذمة الجهة نازعة الملكيـة فى مواجهـة الكافة ، ويوقع أصحاب هذه الحقوق نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة • أما اذا قدمت اعتراضات ، أو تعذر لأى سبب آخر الحصول على توقيع أصحاب الحقوق على النماذج الخاصة بنقل الملكية ، فان الوزير المختص يصدر قرارا بنزع ملكية العقار • وتودع النماذج أو القرار الوزارى الصادر بنزع الملكية فى مكتب الشهر العقارى ، ويترتب على هذا الايداع بالنسبة الى العقارات الواردة بها جميع الآثار المترتبة على شـهر عقد البيع • واذا لم تودع النماذج أو القرار الوزارى بنزع الملكية فى مكتب الشهر العقارى خلال سنتين من تاريخ نشر القرار المقرر للمنفعة العامة فى الجريدة الرسمية ، سقط مفعول هذا القرار بالنسـبة الى العقارات التى لم تودع النماذج أو القرار الوزارى الخاص بها •

وقد قضت محكمة النقض بأن القـانون رقم ٥٧٧ لسـنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة يستلزم ان يكون تقرير المنفعة العامة بقرار من الوزير المختص ينشر فى الجريدة الرسمية ، وبمجرد حصول النشر يكون لمندوبى الجهة القائمة بنزع الملكية دخول العقارات لاجراء العمليات الفنية والمساحية ووضـع علامات التحديد والحصـول على البيانات اللازمة بشأن العقار على أن يكون دخول العقارات بعد اخطار ذوى الشأن ، ثم تقوم الجهة نازعة الملكيـة بعد ذلك باجراءات حصر العقارات وعرض البيانات وتقدير التعويض المستحق لذوى الشأن ، فاذا وافقوا عليه وقعوا على نماذج خاصة تنتقل بمقتضاها الملكيـة اما اذا

= العامة والى ان تتم اجراءات نزع الملكية أجاز القانون فى المادة ١٦ منه للجهة طالبة نزع الملكية الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التى تقرر لزومها للمنفعة العامة ويكون ذلك بقرار من رئيس الجمهورية ينشر فى الجريدة الرسمية وان من شأن ذلك أن يضفى على وضع يد الجهة طالبة نزع الملكية على العقارات المزمع نزع ملكيتها صفة المشروعية وينفى عنها الغصـب (نقض مدنى فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ٣٣٤ صفحة ١٧٠٨) •

عارضوا أو تعذر الحصول على توقيعاتهم فيصدر بنزع الملكية قرار من الوزير المختص وتودع النماذج أو القرار الوزارى فى مكتب الشهر العقارى ، واذا لم يتم الايداع خلال سنتين من تاريخ نشر القرار المقرر للمنفعة العامة فى الجريدة الرسمية سقط مفعول هذا القرار ، ومؤدى ذلك ان قرار الوزير المختص بتقرير المنفعة لا تترتب عليه آثاره القانونية الا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية فاذا صدر ونشر فى الجريدة الرسمية ومضت سنتين من تاريخ نشره لم يتم خلالها ايداع النماذج الموقع عليها من ذوى الشأن أو القرار الوزارى بنزع الملكية فى مكتب الشهر العقارى سقط مفعوله (١) .

رابعا — الاستيلاء الموقت على العقار : وفى حالة الاستعجال قد

---

(١) نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٨٧ صفحة ١٥٣١ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ قد بين خطوات نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة التى تبدأ بصدور قرار بتقدير المنفعة العامة الذى ينشر بالجريدة الرسمية ، وحصر العقارات اللازمة ، وتحديد اصحاب الحقوق فيها وتقدير التعويضات وتنتهى اما بموافقة اصحاب الحقوق المذكورين وتوقيعهم على نماذج نقل الملكية ، واما بصدور قرار نزع الملكية . ويتم انتقال الملكية فى الحالتين بايداع تلك النماذج الموقعة من ذوى الشأن او قرارات نزع الملكية فى مكتب الشهر العقارى عملا بالمادة التاسعة من هذا القانون . ونص فى المادة العاشرة منه على انه اذا لم يتم هذا الايداع خلال سنتين من تاريخ نشر قرار المنفعة العامة « سقوط مفعول هذا القرار بالنسبة للعقارات التى لم تودع النماذج او القرار الخاص بها » . ويهدف المشرع من ذلك الى حماية المصالح الخاصة باصحاب الحقوق فى تلك العقارات التى تأخر شهر نقل ملكيتها ، ومن ثم فهو جزاء نسبى لا يتعلق بالنظام العام وبالتالى لا يطرح على المحكمة الا بناء على طلب صاحب الشأن فيه (نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ رقم ٣٦٦ صفحة ٢٠١٩) .

كما قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادة ٢٩ مكرر من قانون نزع الملكية المضافة اليه بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٢ ان قرار النفع العام لا يسقط بمضى سنتين على نشره دون ايداع الاستمارات الخاصة بنزع الملكية فى مكتب الشهر العقارى عملا بالمادة ١٠ من القانون اذا كان العقار قد دخل فعلا فى مشروعات النفع العام التى تم تنفيذها (نقض مدنى فى ١٦ يناير سنة ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ٥٢ صفحة ٢١٥) .

ترى الجهة نازعة الملكية ضرورة الاستيلاء الموقت على العقار المطلوب نزع ملكيته حتى تتم الاجراءات اللازمة لنزع الملكية ، فيصدر بذلك قرار من الوزير المختص ينشر فى الجريدة الرسمية ويشمل بيانا اجماليا بالعقار واسم المالك الظاهر مع الاشارة الى القرار الصادر بتقرير المنفعة العامة • ويبلغ قرار الاستيلاء لأصحاب الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول ، يعطون فيه مهلة لا تقل عن أسبوعين لاخلاء العقار • ويترتب على نشر قرار الاستيلاء فى الجريدة الرسمية اعتبار العقار مخصصا للمنفعة العامة • ويكون لصاحب الشأن فى العقار المستولى عليه الحق فى تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلى لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية • وله خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلانه بقيمة التعويض عن عدم الانتفاع حق المعارضة فى هذا التقدير ، ويكون الفصل فى المعارضة طبقا للنصوص الخاصة بالمعارضة فى تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية (وسيأتى بيانها) ، وتعين المصلحة المختصة خلال أسبوع من تاريخ الاستيلاء قيمة التعويض ويعلن صاحب الشأن بذلك • ولا تجوز ازالة المنشآت أو المبانى ذات القيمة ، فى أثناء مدة الاستيلاء ، الا بعد انتهاء الاجراءات الخاصة بتقدير قيمة التعويضات المستحقة تقديرا نهائيا •

وقد قضت محكمة النقض أن المادة ١٦ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ تنص على حق صاحب الشأن فى العقار المستولى عليه بطريق التنفيذ المباشر فى تعويض عن مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلى لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية ، ولصاحب الشأن خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلانه بقيمة التعويض عن عدم الانتفاع حق المعارضة فى هذا التقدير ، ويكون الفصل فى المعارضة طبقا للنصوص الخاصة بالمعارضة فى تقدير التعويض عن نزع الملكية ، وقد بينت المادتان ١٢ و ١٣ من القانون المذكور الاجراءات الخاصة بالمعارضة فى تقدير الجهة نازعة الملكية ، وتشكيل لجنة الفصل فى هذه المعارضات ، وخولت المادة ١٤ منه للمصلحة نازعة الملكية وكل ذى شأن

حق الطعن فى قرار لجنة المعارضـــات أمام المحكمـــة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اعلانهم بقرار اللجنة ، ونصت على أن حكم المحكمة الابتدائية فى هذا الطعن يكون نهائيا ، وعلى ذلك فان الحكم الذى يصدر من المحكمة الابتدائية — فى طعن على قرار لجنة الاعتراضات — بتقدير التعويض سواء فيما يختص بتقدير قيمة العقار المنزوع ملكيته أو مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاســتيلاء الفعلى عليه لحين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية يكون نهائيا طبقا للمادة ١٤ من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ (١) .

كما قضت محكمة النقض بأن أحكام القــانون رقم ٥٧٧ لســـنة ١٩٥٤ المعــدلة بالقــانون رقم ٢٥٢ لســنة ١٩٦٠ تقضى بأن تقــرير المنفعة العــامة للعقارات المراد نزع ملكيتهــا يكــون بقرار من رئيس الجمهورية (الوزير المختص أو المحافظ الآن) ، ينشر فى الجريدة الرسمية ويلصق فى الأماكن التى حددتها المادة الثــالثة من القانون ، وبمجــرد حصول النشر يكون لمندوبى المصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية حق دخول العقارات لاجراء عمليات المقاس ووضع علامات التحديد ، وتتخذ بعد ذلك اجراءات حصر هذه العقارات وعرض البيانات الخاصـــة بها وتلقى اعتراضات أصحاب المصلحة بشأنها ، على انه تيسيرا للادارة فى القيام بتنفيذ المشروعات العامة والى أن تتم اجراءات نزع الملكيـــة ،

---

(١) نقض مدنى فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة احــكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٠٦ صفحة ١٢٢٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الاستيلاء على العقــارات التى تقــرر لزومها للمنفعة العامة بطريق التنفيذ المباشر عملا بأحكام الباب الرابع مــن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ لا شأن له بالتعويض المستحق عـــن نزع الملكية وتقدير التعويض المستحق عنها طبقا لما ينص عليه هذا القــانون فى الأبواب الثلاثة الأولى منه ، وانما هو يجيز للجهة نازعة الملكية الاســتيلاء مؤقتا على العقارات التى تقرر لزومها للمنفعة العامة لحين اتمام اجراءات نزع الملكية ، وينظم تبعا لذلك طريقة تقدير التعويض المقابل لعدم الانتفــاع بالعقارات المستولى عليها من تاريخ الاستيلاء الفعلى لحين دفع التعويض المستحق كما ينظم المعارضة فيه (نقض مدنى فى ٣ ديســمبر ســنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٢٨٧ صفحة ١٥٣١) .

أجاز القانون فى المادة ١٦ منه للجهة طالبة نزع الملكية الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التى تقرر لزومها للمنفعة العامة ويكون ذلك بقرار من رئيس الجمهورية ينشر فى الجريدة الرسمية ويشمل بيانا اجماليا بالعقار واسم المالك الظاهر مع الاشارة الى القرار الصادر بتقرير المنفعة العامة ، ويبلغ قرار الاستيلاء الى أصحاب الشأن بكتاب موصى عليه بعلم وصول يعطون فيه مهلة لا تقل عن أسبوعين لاخلاء العقار ، ويكون لهم الحق فى التعويض عن عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلى الى حين دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية وفى حالة الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقار الذى تقرر لزومه للمنفعة العامة فان القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المعدل بالقانون ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ — بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة — لم ينص على وجوب أخذ رأى طالب الشأن فى قرار الاستيلاء قبل اصداره (١) •

٣٩١ — الضمان الثالث — وجوب تعويض المالك المنزوع ملكيته تعويضا عادلا :

قدمنا أن المصلحة القائمة بنزع الملكية تعد كشفا من واقع عملية الحصر تبين فيه التعويض الذى تقدره للعقار المطلوب نزع ملكيته (٢)، فان لم يعترض المالك على هذا التقدير تقاضى التعويض المقدر ، ووقع نموذجا خاصا بنقل ملكية العقار للمنفعة العامة ، وايداع هذا النموذج فى مكتب الشهر العقار يترتب عليه بالنسبة الى العقار جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع (٣) •

وقد قضت محكمة النقض بأنه وان كانت الجهة طالبة نزع الملكية

---

(١) نقض مدنى فى ١٦ مارس سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ١٣٣ صفحة ٦٦٥ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة فى تقدير ثمن العين المنزوعة ملكيتها هى بوقت نزع الملكية (نقض مدنى ٢٧ يونية سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض ٨ ص ٦٣٨ — ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٠ مجموعة احكام النقض ١١ ص ٣٥٠) •

(٣) انظر آنفا فقرة ٣٩٠ •

هى التى تستفيد من العقار المنزوع ملكيته للمنفعة العامة ومن ثم تلزم بدفع التعويض المقـدر لمن نزعت ملكيته وتكون مدينـة قبله ، الا أن المستفاد من نصوص المواد ١ و ٦ و ١١ و ١٥ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين ان المشرع ناط بادارة خاصـة من ادارات الحكـومة هى « ادارة نزع الملكيـة » بمصلحة المساحة القيام بكافة الاجراءات اللازمة لتحديد مساحة العقار وتعيين ملاكه وتقدير التعويض المستحق لأصـحابه عن نزع ملكيتـه وسداده اليهم مقابل الحصول على توقيعاتهم على نماذج خاصـة تنقل الملكية للمنفعة العامة وايداع النماذج مصـلحة الشهر العقـارى لكى يترتب على ايداعها جميع الآثار المترتبة على شـهر البيـع الرضائى ، والتشريع الخاص الذى ينظم هذه الاجراءات كلها تتعلق بالنظام العام لتعلق موضوعه واتصال أحكامه بمنفعة عامة ويستلزم بالتالى ـ وفق ما تنص عليه المواد السابقة ـ من الجهة التى طلبت نزع الملكية سداد التعويض المستحق عن نزع الملكية ـ بعـد تقديره نهـائيا ـ لا الى المنزوع ملكيته ولكن الى المصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية لتقوم هى بتسليمه الى ذوى الشأن فيه بمراعاة الضوابط والأحكام التى نص عليها القانون والقرارات المنفذة له ، وحصـولها على توقيعـاتهم على النماذج الخاصة المعدة لهذا الغرض والتى نص عليها القانون ـ خلافا لقواعد واجراءات التسجيل العادية ـ على أن ايداعها مصـلحة الشهر العقار يترتب عليه آثار شهر عقود البيع الرضـائية وبذلك يمتنع على الجهة طالبة نزع الملكية ان تساوم على مقـدار التعويض أو تتصـالح عليه استقلالا اختصارا للاجراءات أو تنفرد بسداده الى المنزوع ملكيته لان هذه الامور نظم المشرع اجراءاتها تنظيما الزاميا . كمـا لا يحق للمنزوع ملكيته مطالبة الجهـة المسـتفيدة من نزع الملكيـة بشىء من التعـويض وانما هـو يتقاضاه بنص القانـون من ادارة نـزع الملكية بمصلحة المساحة (١) .

---

(١) نقض مدنى فى ١٦ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة احكـام النقض =

أما اذا اعترض المالك علـى تقـدير المصـلحة للتعويض ، فان الاعتراض يقدم الى المقر الرئيسى للمصلحة أو الى المكتب التابع لهـا بعاصمة المحافظة الكائن فى دائرتها العقار ، ويجب أن يرفق به اذن بريد يساوى ٢٪ من قيمة الزيادة التى يطلبها بحيث لا يقل هـذا المبلغ عن خمسين قرشا ولا يجاوز عشرة جنيهات ، ويعتبر الاعتراض كأن لم يكن اذا لم يرفق به هذا الرسم كاملا وذلك للاستيثاق من جدية الاعتراض. وقد قدمنا أنه فى حالة الاعتراض يصـدر الوزير المختص قـرارا بنزع ملكية العقار ، ويودع القرار فى مكتب الشهر فيكون للايداع جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع (١) .

وترسل المصلحة القائمة بنزع الملكية الاعتراض ، خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انقضـاء مـدة الثلاثين يوما المحـددة لتقـديم الاعتراضات ، الى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقـار المطلوب نزع ملكيته ، ليحيله بدوره فى ظرف ثلاثة أيام الى القاضى الذى يندبه لرياسة لجنة الفصل فى هذه المعارضـات . ويقـوم قلم كتاب المحكمة باخطار المصلحة وجميع أصحاب الشـأن ، بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ، بالتاريخ المحدد لنظر المعارضة . وتشكل لجنة الفصل فى المعارضات الخاصة بالتعويضات برياسة هـذا القاضى الذى ندبه رئيس المحكمة وعضوية اثنين من الموظفين الفنيين ، أحدهما عـن

= السنة ٢٨ رقم ٢٠٧ صفحة ١٢٠١ .

كما قضت محكمة النقض بأنه اذ كان القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة قد الزم الجهة المستفيدة من نزع الملكية بسـداد التعويض الى جهة حكومية اخرى لتتـولى بدورها سـداده الى مستحقيه ، فانه يكون فى نفس الوقت قد دل على أن المنزوع ملكيته لا حق له فى مطالبة الجهة المستفيدة من نزع الملكية بشىء من التعويض وانما يتقاضاه بنص القانون من ادارة نزع الملكية التابعة لهيئة المساحة والتى يمثلها رئيس مجلس ادارتهـا اعمالا لنص المادة العاشرة من قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٤٣٣ لسنة ١٩٧١ بانشاء الهيئة المصرية العامة للمساحة (نقض مدنى فى ٢٣ ابريل سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢٠٣ صـفحة ١٠٦٨) .

(١) انظر آنفا فقـرة ٣٩٠ .

مصلحة المساحة والثانى عن المصلحة القائمة بنزع الملكية ، يختارهما وزير الأشغال بالاتفاق مع الوزير المختص • وتفصل اللجنة فى المعارضة خلال شهرين من تاريخ ورودها اليها •

وقد قضت محكمة النقض بأن اللجنة التى انشأها القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ للفصل فى المعارضات الخاصة بالتعويضات عن نزع الملكية للمنفعة العامة وان كانت تحكم تشكيلها تعتبر هيئة ادارية ، الا ان المشرع — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — قد خولها اختصاصا قضائيا معينا حين ناط بها الفصل فى الخلاف الذى يقوم بين المصلحة وبين ذوى الشأن على التعويضات المقررة لهم عن نزع الملكية ، وهذا الفصل يعتبر فصلا فى خصومه ، والطعن فى قرارات هذه اللجنة أمام المحكمة الابتدائية ليس استئنافا ، بل هو طعن من نوع خاص فى قرارات لجنة ادارية ، له أوضاع متميزة ، وتحكم فيه المحكمة وفق اجراءات واحكام موضوعية محددة ، هى الاحكام المنصوص عليها فى القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ولا يغير من هذا النظر أن تكون المذكرة الايضاحية للقانون المذكور قد وصفت الطعن فى قرار لجنة المعارضات بأنه استئناف ، ذلك ان ما يرد بالمذكرة الايضاحية لا يصل الى درجة التشريع ، وليست له صفة الالزام اذا ما تعارضت معه (١) •

---

(١) نقض مدني فى ٨ يونيه سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٦٩ صفحة ١٠٨١) •

وقد قضت محكمة النقض ايضا بأن اللجنة التى انشأها القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة للفصل فى المعارضات الخاصة بالتعويضات عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، وان كانت بحكم تشكيلها تعتبر هيئة ادارية الا ان المشرع قد خولها اختصاصا قضائيا معينا حين ناط بها الفصل فى الخلاف الذى يقوم بين المصلحة وبين ذى الشأن على التعويضات المقدرة لهم عن نزع الملكية ، وهذا الفصل يعتبر فصلا فى خصومه (نقض مدنى فى ١٩ مارس سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ٧٩ صفحة ٤٩٧ — ونقض مدنى فى ١٦ يناير ١٩٧٨ مجموعة أحكام السنة ٢٩ رقم ٤٤ صفحة ٢٠٣ — ونقض مدنى فى اول مارس سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام السنة ٣٠ العدد الأول رقم ١٢٦ صفحة ٦٧٥) •

كما قضت محكمة النقض بأن المشرع خول — على ما جرى به قضاء =

وقد قضت محكمة النقض بأن القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أوجب فى المادتين الخامسة والسادسة منه على الجهة القائمة باجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة ان تتخذ الاجراءات المحددة بها والتى تنتهى بتحرير كشوف تتضمن بأن العقار المطلوب نزع ملكيته واسم مالكه وأصحاب الحق فيه ومحل اقامتهم والتعويض المقرر لهذا العقار وعرض هذه الكشوف مع الخرائط فى الأماكن المحددة للنشر عنها واخطار اصحاب الشأن بها كما خولت المادة المادة السابعة لذوى الشان من الملاك واصحاب الحقوق الأعتراض على هذه البيانات بما فى ذلك تقدير التعويض وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء مدة عرض الكشوف سالفه الذكر ، وبينت المادة الثالثة عشر تشكيل اللجنة المختصة بالفصل فى المعارضات الخاصة بالتعويضات ، واجازت المادة الرابعة عشر الطعن فى قرارات هذه اللجنة أمام المحكمة الابتدائية على أن يكون حكمها انتهائيا . ويبين من هذه النصوص أنه

= هذه المحكمة — لجنة الفصل فى المعارضات اختصاصا قضائيا هو الفصل فى الخلاف الذى يقوم بين المصلحة نازعة الملكية وذوى الشأن على التعويضات المقدرة لهم عن نزع الملكية ، اما المحكمة الابتدائية فتختص وفقا لنص المادة ١٤ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بنظر الطعون التى تقدم اليها من المصلحة القائمة باجراءات نزع الملكية أو من أصحاب الشأن فى قرارات تلك اللجان وبالتالى فانها لا تملك القضاء بالالزام بأداء هذا التعويض فان فعلت كان قضاؤها بالالزام مجاوزا اختصاصها وقابلا للاستئناف وفقا للقواعد العامة وفى المواعيد المقررة فى قانون المرافعات ، اما قضاء المحكمة بتقدير التعويض فهو قضاء فى حدود ولايتها ومن ثم يعتبر نهائيا طبقا للمادة ١٤ آنفة الذكر (نقض مدنى فى ١٦ يناير سنة ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ رقم ٣٩ صفحة ١٤٠) .

وقضت محكمة النقض أيضا بأن مقتضى المادة ١٣ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة ، ان يكون الفصل فى المعارضات الخاصة بالتعويضات معقودا للجنة — برئاسة قاض وعضوية اثنين من الموظفين الفنيين أحدهما من مصلحة المساحة والثانى من المصلحة طالبه نزع الملكية — ومن ثم اذا أورد الحكم ان طلب التعويض من تاريخ الاستيلاء الفعلى تختص به لجنة التعويضات المنصوص عليها فى القانون المشار اليه وليست للمحاكم العادية ، فأن النعى عليه يكون على غير اساس (نقض مدنى فى ١٠ يناير سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٤٠ صفحة ١٨٩) .

وان كان لا يجوز لصاحب الشأن الالتجاء مباشرة الى المحكمة بطلب التعويض المستحق عن نزع الملكيه ، الا ان هذا الحظر — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمه — مشروط بان تكون الجهه نازعه الملكيه قد اتبعت من جانبها الاجراءات التي أوجب القانون أتباعها لتقدير التعويض ، فاذا لم تلتزم هذه الاجراءات فى المواعيد التى حددها القانون ، كان لصاحب الشأن أن يلجأ الى المحكمه المختصة للمطالبه بالتعويض المستحق ، واذ كان الواقع فى الدعوى أن الطاعن بصفته لم يتخذ الاجراءات المشار اليها ، فانه يكون للمطعون عليه الالتجاء الى المحكمة المختصة للمطالبة بحقه وهو ما انتهى اليه الحكم الذى أصدرته محكمة الاستئناف فيما قضى به من الغاء حكم محكمة أول درجة القاضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانونى (١) .

وللمصلحة القائمة بنزع الملكية ولأصحاب الشأن الحق فى الطعن

---

(١) نقض مدنى فى ٩ مارس سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ١٣٨ صفحة ٧٠٧ .

وقد قضت محكمة النقض بان مقتضى المادة ١٣ من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ هو عقد الاختصاص للجنة برئاسة قاض وعضوية اثنين من الموظفين الفنيين احدهما من مصلحة المساحة والثانى عن المصلحة طالبة نزع الملكية للفصل فى المعارضات الخاصة بالتعويضات ، ولا ينعقد الاختصاص للمحكمة الابتدائية الا للطعن فى قرار اللجنة ويكون حكمها عندئذ نهائيا . فاذا كان المطعون عليه قد خالف هذا القانون بان لجأ الى طريق رفع دعوى مبتداه فان دعواه تكون غير مقبولة (نقض مدنى فى ٢٣ مايو سنة ٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٦٠ صفحة ١٠٧٩) .

كما قضت محكمة النقض بأن مقتضى نص المادة ١٤ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة على أن المشرع رسم اجراءات خاصة للطعن على قرارات لجان المعارضات التى تصدرها فجعلها مقصورة على النظر فى هذه الطعون تأسيسا على انها ليست هيئة مختصة بتقدير التعويض ابتداء وانما هى هيئة تنظر فى طعن فى قرار أصدرته احدى اللجان المشار اليها ، واذ رتب المشرع على ذلك اعتبار الحكم الذى تصدره المحكمة الابتدائية بتقدير التعويض حكما نهائيا فان مودى ذلك — فى نطاق هذا الذى رسمه المشرع وحدد مداه ورتبه عليه — أن يكون الحكم الذى تصدره المحكمة الابتدائية فى الطعن فى قرار اللجنة المطروح عليها غير قابل للاستئناف (نقض مدنى فى ٢٢ ابريل سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ٢٢٤ صفحة ١٢١٩) .

فى قرار لجنة المعارضات أمام المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار خــلال خمسة عشر يوما من تاريخ اعلانهم بالقـــرار المذكور ، وتنظر المحكمة فى الطعن على وجه الاستعجال . ويكون حكمها فيه نهائيا .

وقد قضت محكمة النقض بانه وأن كان مفاد أحكام القانون رقـــم ٥٧٧ لســـــنة ١٩٥٤ أنه لايجوز لذوى الشأن الالتجاء مباشرة الى المحكمة لطلب التعويض سواء المستحق عن نزع الملكية أو المقابل لعدم الانتفاع بالعقار فى المدة من تاريخ الاستيلاء حتى دفـــع التعويض المستحق عن نزع الملكية ، الا أن هذا الحظر مشروط بأن تكون الجهة نازعة الملكية قد اتبعت من جانبها الاجراءات التى أوجب عليها القانون اتباعها لتقدير التعويض ، فاذا لم تلتزم هذه الاجراءات ومضت المواعيد التى حددها لها القانون لتقــدير التعويض دون أن يصل الى ذوى الشأن أى اخطار يفيد انها سلكت فعلا الطريق الذى الزمها القانون باتباعه لتقدير التعويض ، فانه يكون لصاحب الشأن فى هذه الحالة ان يلجأ الى المحكمة مطالبا بالتعويض المستحق له (١) .

والمعارضة فى التعويض لا تحول دون حصول ذوى الشأن على المبالغ المقدرة بمعرفة المصلحة . واذا تعذر الدفع لأى سبب كان ظلت المبالغ مودعة بأمانات المصلحة مع اخطار ذوى الشأن بذلـــك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . ويكون دفــــع التعويض لذوى

---

(١) نقض مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٦٩ مجموعة احـــكام النقض السنة ٢٠ رقم ٧٩ صفحة ٤٨٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المواد ٥و٦و١٣ من القانـــون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة انه كان لا يجوز لصاحب الشأن الالتجاء مباشرة الى المحكمة بطلب التعويض المستحق عن نزع الملكية ، الا ان هذا الحظر — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـــة — مشروط بأن تكون الجهة نازعة الملكية قد اتبعت من جانبها الاجراءات التى أوجب عليها القانون اتباعها لتقدير التعويض ، فان لم تلتزم هذه الاجراءات فى المواعيد التى حـــددها القانون كان لصاحب الحق ان يلجأ الى المحكمة المختصة للمطالبة بالتعويض المستحق .

(نقض مدنى فى ١٦ يونيه سنة ١٩٨٢ مجموعة احكام النقض السنة ٣٣ رقم ١٤١ صفحة ٧٩١) .

الشأن ، أو اخطارهم بتعذر الدفع ، مبرئا لذمة المصلحة من قيمة التعويض عن عدم الانتفاع فى حالة استيلاء المصلحة على العقار تمهيدا لنزع ملكيته •

ويراعى ، فيما يتعلق بالتعويض ، تطبيق القواعد الآتية :

١ — اذا كانت قيمة العقار الذى تقرر نزع ملكيته لأعمال التنظيم فى المدن قد زادت نتيجة تنفيذ مشروع سابق ذى منفعة عامة ، فلا تحسب هذه الزيادة فى تقدير التعويض اذا تم نزع الملكية خلال خمس سنوات من تاريخ بدء التنفيذ فى المشروع السابق • واذا زادت أو نقصت قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته بسبب أعمال المنفعة العامة فى غير مشروعات التنظيم داخل المدن ، وجبت مراعاة هذه الزيادة أو النقصان فى تقدير التعويض ، بحيث لا يزيد المبلغ الواجب اضافته أو اسقاطه عن نصف القيمه التى يستحقها المالك مقابل نزع الملكيه •

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المادة ١٩ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة انه يجب عند تقدير التعويض مراعاة ما يكون قد طرأ على قيمة الجزء الذى لم تنتزع ملكيته بسبب اعمال المنفعة العامة من نقض أو زيادة بخصمه أو اضافته

= قضت محكمة النقض أيضا بانه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه فى حالة ما اذا لم تتبع الجهة نازعة الملكية الاجراءات المنصوص عليها فى القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة ويدخل فى ذلك سقوطها الذى تؤدى الى زوالها وسقوط مفعولها ويكون لمالك العقار الالتجاء مباشرة الى القضاء للمطالبة بالتعويض عنه (نقض مدنى فى ١٦ يناير سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنه ٣٤ رقم ٥٢ صفحة ٢١٥) •

كما قضت محكمة النقض بأن المادة ١٤ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ التى نصت على انتهائية الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية انما جعلت هذه الانتهائية للحكم الصادر فى الطعن فى قرار لجنة المعارضات التى استحدثها ذلك القانون ، مما تفيد انه اذا لم يكن الحكم صادرا فى طعن مرفوع عن قرار صادر من هذه اللجنة بالذات ، فلا ينطبق عليه هذا النص (نقض مدنى فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ رقم ٢٢٤ صفحة ١٢٩٦) •

الى ثمن الجزء المستولى عليه بحيث لا يزيد المبلغ الواجب خصمه أو اضافته عن نصف القيمة التى يستحقها المالك سواء فى ذلــك أن تكون الاجراءات القانونية فى نزع الملكية قد اتبعت ام لا ، ومؤدى ما سلف أن مقابل التحسين يحصل فقــط عــن طريق خصمه مما يستحق لذوى الشأن من الثمن المقدر عن الجزء المستولى عليه والمنزوعة ملكيته للمنفعة العامة دون أن تكون لذلك أثر عند تقدير مقابل الانتفاع (١) .

٢ — العقارات التى يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة فى مشروعات التنظيم فى المدن دون اخذ جزء منها ، يلزم ملاكها بدفع مقابل هذا التحسين بحيث لا يجاوز ذلك نصف التكاليف الفعلية لانشاء أو توسيع الشارع أو الميدان الذى نتج عنه هذا التحسين . ويسرى هذا الحكم اذا كان نزع الملكية لمشروعات التنظيم فى المدن قاصرا على جزء من العقار ، ورأت السلطة القائمة على أعمال التنظيم أن احتفاظ المالك بالجزء الباقى من العقار لا يتعارض مع الغاية من المشروع المراد تنفيذه .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الحادية عشرة من القــانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ على أن للمالك خلال ستين يوما من تاريخ اعلانه

---

(١) نقض مدنى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٨٢ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ٧٧ صفحة ٢٤٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نصوص المواد السادسة والسابعة والثامنة من القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن فرض مقابل تحسين على العقارات التى يطرأ عليها تحسين بسبب أعمال المنفعة العامة ، أن القانون ناط باللجنة المنصوص عليها فى المــادة الثانية منه ولاية الفصل فى الطعون التى يرفعها ذوو الشأن عن القرارات الصادرة بفرض مقابل التحســين على عقاراتهم وان قرار هذه اللجنة قرار ادارى نهائى صادر من لجنة ادارية ذات اختصاص قضائى ، واذا لم يرد فى هذا القانون نص خاص يخول القضــاء العادى ولاية الفصل فى الطعون التى ترفع عن قرارات اللجنة المذكورة ، فأن مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى يكون هــو الجهة القضائية المختصة بالفصل فى تلك الطعون (نقض مدنى فى ٢٦ اكتوبر سنة ١٩٧٦ مجمــوعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٨٠ صفحة ١٨٤) . =

بالتقرير النهائي لقيمة العقار أن يختار احدى الطرق المبينة فيها لاداء مقابل التحسين ، وتنص المادة الثانية عشرة على انه « اذا لم يختر المالك احدى طرق الاداء المبينة فى المادة السابقه يكون مقابل التحسين مستحق الاداء فى الاحوال وبالشروط الاتيه » . ثم عددت المادة المذكورة أحوالا من بينها حاله التصرفات النافلة لملكية العقار او جزء منه جاء فيها انه فى حالة زيادة الثمن عن التقدير النهائي لقيمه العقار بعد التحسين يكون مقابل التحسين عبارة عن نصف الفرق بين التقدير النهائى لقيمه العقار قبل التحسين وبين الثمن . ومفاد ما نص عليه فى المادتين المذكورتين ان تطبيق حكم المادة الثانيه عشره على الاحوال الواردة فيها معلق على فوات ميعاد الاختيار المنصوص عليه فى الماده الحاديه عشرة دون أن يختار المالك اداء مقابل التحسين باحدى طرق الاداء المنصوص عليها فيها ، واذ كان هذا الميعاد يبدأ من تاريخ اعلان المالك بالتقدير النهائي لقيمه العقار وينقضى بفوات ستين يوما من تاريخ هذا الاعلان، وكانت الطاعنة وان تحدث فى نعيها بأن التقدير النهائى لقيمة العقار أعلن لمالكه الاصلي الا أنها لم تبين متى حصل هذا الاعلان ، وليس فى الاوراق ما يفيد انها قدمت لمحكمه الموضوع ما يدل على حصوله ، وقد خلت مدونات الحكم المطعون فيه من هذا البيان ، فانه لا يمكن القول بأن ميعاد اختيار المالك لاحدى طرق اداء مقابل التحسين قد انتهى ،

= وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادتين ١٣ و ١٤ من قانون نزع الملكية رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ المعدل بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣١ ، انه يجب مراعاة ما يكون قد طرا على قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته بسبب اعمال المنفعة العامة من نقص او زيادة ، تخصمه او اضافته الى ثمن الجزء المستولى عليه بحيث لا يزيد المبلغ الواجب خصمه او اضافته عن نصف القيمة التى يستحقها المالك ، فاذا تبين ان تقدير ثمن الجزء المستولى عليه لم يراع منه ما طرا من نقص او زيادة على قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكية اعمالا لحكم المادة ١٤ المشار اليها ، فانه يتعين على المحكمة ان تستكمل تحقيق هذا العنصر بالطريق الذى رسمه القانون (نقض مدنى فى ٦٣ يناير سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٢ صفحة ٦٥) .

وبالتالى فانه لا محل لتطبيق حكم المادة الثانية عشرة من القانون سالف الذكـــر (١) •

٣ — العقارات اللازم نزع ملكية جزء منها تشترى بأكملها ، اذا كان الجزء الباقى منها يتعذر الانتفاع به ، ويكون ذلك بناء على طلب يقدمه صاحب الشأن •

٤ — لا يدخل فى تقدير التعويض المستحق عن نزع الملكية المبانى أو الغراس أو التحسينات أو عقود الايجار أو غير ذلك ، اذا ثبت أنها

---

(١) نقض مدنى فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٤٤ صفحة ١٢٨٣

كما قضت محكمة النقض بأن مفاد نصوص المواد ٠ أو ١١ و ١٢ و ١٣ من القانون رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن فرض مقابل تحسين على العقارات التى يطرأ عليها تحسين بسبب اعمال المنفعة العامة ، أنه فى حالة امتناع المالك عن اختيار احدى الطرق الثلاث المنصوص عليها فى المادة ١١ من القانون للوفاء بمقابل التحسين فى خلال ستين يوما من تاريخ اعلانه بالتقدير النهائى لقيمة العقار ، فقد راى المشرع انه فى حالة التصرفات الناقلة لملكية العقار أن يكـــون مقابل التحسين هو نصف الفرق بين تقدير اللجنة لقيمة العقار قبل التحسين وبين ثمن بيعه ٠ الا أن ذلك مشروط بألا يزيد ثمن البيع على تقدير اللجنة لقيمة العقار بعد التحسين (نقض مدنى فى ١٤ يونيه سنة ١٩٧٧ مجموعة احـــكام النقض السنة ٢٨ رقم ٢٤٩ صفحة ١٤٣٧) •

وقضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ١٩ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية انه يجب عند تقدير التعويض مراعاة ما يكون قد طرأ على قيمة الجزء الذى لم تنزع ملكيته بسبب اعمال المنفعة العـــامة من نقص او زيادة بخصمه او اضافته الى ثمن الجزء المستولى عليه بحيث لا يزيد المبلغ الواجب خصمه او اضافته عن نصف القيمة التى يســتحقها المالك وتستوى فى ذلك — وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة — ان تكون الحكومة قد اتبعت الاجراءات القانونية فى نزع الملكية او لم تتبعها ، ذلــك ان المادة ١٩ سالفة الذكر انما تقرر حكما عاما فى تقدير التعويض ، لما كان ذلك وكان الخبير المنتدب لم يتبع فى تقديره للتعويض الضوابط التى نصت عليها المادة ١٩ المشار اليها ، اكتفاء منه بالقول فى عبــارة عامة بأنه راعى احكام تلك المادة دون بيان لعناصر التقدير ومقدار ما اضيف اليها واسقط عنها ونسبة الاضافة او الاسقاط لقيمة التعويض ، فأن الحكم المطعون فيـــه وقد أسس قضاءه على ما جاء بتقرير الخبير يكون مشوبا بالقصور (نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٤٥ صفحة ٨١٩) •

آجريت بقصد الحصول على تعويض أزيد ، وذلك بغير اخلال بحق صاحب الشأن فى ازالة هذه التحسينات على نفقته الخاصة بشرط عدم الاضرار بالمشروع المراد تنفيذه • وكل ما يعمل أو يتخذ من هذا القبيل بعد نشر القرار المقرر للمنفعة العامة فى الجريدة الرسمية يعتبر أنه اجرى للغرض المذكور ، ولا يدخل فى تقدير التعويض •

٥ — دعاوى الفسخ ودعاوى الاستحقاق وسائر الدعاوى العينية لا توقف اجراءات نزع الملكية ولا تمنع نتائجها ، وينتقل حق الطالبين الى التعويض •

٦ — يجوز للسلطة القائمة على أعمال التنظيم ، فى حالة نزع الملكية للتحسين أو التجميل أو لانشاء حى جديد ، تاجيل دفع الثمن او التعويض المستحق عن كل عقار تجاوز قيمته ألف جنيه لمدة لا تزيد على خمس سنوات ، وبفائدة قدرها ٤٪ من قيمة المبالغ المؤجلة ، وتدفع الفائدة فى نهاية كل سنة (١) •

---

(١) والتعويض عن نزع الملكية على النحو السالف الذكر غير التعويض عن استيلاء الحكومه على العقار جبرا عن صاحبه دون اتخاذ الاجراءات القانونية . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت الحكومة قد استولت على عقار جبرا عن صاحبه بدون اتباع اجراءات قانون نزع الملكية ، ورفع صاحب العقار دعوى يطالب بقيمته وقت رفع الدعوى ، فان الحكم بتقدير ثمن العقار بقيمته وقت الاستيلاء دون وقت رفع الدعوى يكون غير صحيح فى القانون . ذلك أن استيلاء الحكومة على العقار جبرا عن صاحبه دون اتخاذ الاجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض ، وليس من شانه ان ينقل بذاته ملكية العقار للغاصب . ويستتبع هذا النظر ان صاحب هذا العقار يظل محتفظا بملكيته رغم هذا الاستيلاء ، ويكون له الحق فى استرداد هذه الملكية الى الى ان يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار المذكور او يستحيل رده اليه أو اذا اختار هو المطالبة بالتعويض عنه . وفى الحالتين الأخيرتين يكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المتضرر من اى عمل غير مشروع ، له ان يطالب بتعويض الضرر سواء فى ذلك ما كان قائما وقت الغصب او تفاقم من ضرر بعد ذلك الى تاريخ الحكم (نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٨٣) .

الباب الثانى

القيود التى ترد على حق الملكية

٣٩٢ — تنوع القيود التى ترد على حق الملكية :

لما كان حق الملكية ، كما قدمنا ، حقا غير مطلق ، فان القيود التى ترد عليه من شأنها أن تؤكد هذا المعنى . وقد تعددت هذه القيود ، وتنوعت ، وتكاثرت بخاصة فى العهود الأخيرة عندما أخذت المذاهب الاشتراكية فى الانتشار . وكان الهدف الرئيسى لهذه المذاهب هو حق الملكية . فطالبت بالغائه فيما يتعلق بوسائل الانتاج . ونجم عن ذلك أن أخذت النظم القانونية ، حتى غير الاشتراكية منها ، تقيد من حق الملكية ، وتكثر من القيود التى ترد عليه ، وقد بينا فيما تقدم (١) مدى الوظيفة الاجتماعية التى لحق الملكية .

وسنرى فيما يلى كيف تنوعت هذه القيود ، فبعض منها يتقرر للمصلحة العامة ، وبعض آخر يتقرر للمصلحة الخاصة ، وبعضها يرد على حق الملكية بعد قيامه ، وبعضها يرد على الحق فى التملك قبل قيام حق الملكية . وكثير من هذه القيود يرجع الى الجوار ، سواء الجوار بوجه عام ، أو الرى والصرف بين الجيران من شرب ومجرى ومسيل ، أو التلاصق فى الجوار كوضع الحدود بين الجيران المتلاصقين وحق المرور فى أرض الجار وحق فتح المطلات والمناور على ملك الجار .

٣٩٣ — طبيعة هذه القيود وهل هى حقوق ارتفاق ؟ :

حق الارتفاق كما سنرى ذلك فى موضعه ، هو حق يتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر ، فيخرج بكل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق عن النظام المألوف لحق الملكية ، اذ الأصل أن يكون حق الملكية خاليا من القيود الا تلك التى فرضها القانون . فما تقرر من قيد — غير القيود التى تعتبر هى التنظيم العام لحق الملكية — فخرج بالملكية عن حدود

---

(١) انظر آنفا فقرة ٣٣٢ وما بعدها .

هذا التنظيم العام . فهو حق ارتفاق (١) . أما تلك القيود التى فرضها القانون ، ما تقرر منها للمصلحة العامة ، أو ما تقرر للمصلحة الخاصة كقيود الجوار والرى والصرف بين الجيران من تسرب ومجرى ومسيل ووضع الحدود بين الجيران المتلاصقين وحق المرور فى أرض الجار وحق فتح المطلات والمناور على ملك الجار ، هذه القيود التى فرضها القانون والتى تمثل التنظيم العام المألوف لحق الملكية ليست بحقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق . فقد قدمنا أن حق الارتفاق فى معناه الصحيح هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، فى حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجا عن التنظيم العام المألوف ، بل هى ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية (٢) .

وينبنى على أن هذه القيود القانونية ليست بحقوق ارتفاق ما يأتى :

١ — اذا باع شخص عقاراً مملوكا له ، وضمن للمشترى خلوه من حقوق ارتفاق ثم تبين ان هناك قيودا قانونية ترد على العقار المبيع من نحو حق شرب أو مجرى أو مسيل أو من نحو حق مطل أو حق مرور ، فان هذه القيود لا يضمنها البائع لأنها ليست بحقوق ارتفاق كما قدمنا ، بل هى التنظيم الطبيعى المألوف لحق الملكية . وكان على المشترى أن يدرك أن هذه القيود موجودة دون أن يذكرها له البائع ، لأنها قيود قررها القانون لينظم تنظيما عاما حقوق الجيران بعضهم قبل بعض . ولم يقصد البائع ، من ضمانه خلو العقار من حقوق ارتفاق ، أن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حق الارتفاق طبقا لنص المادة ١٠١٥ من القانون المدنى — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — هو خدمة يؤديه العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الاول ويجعله مثقلا بتكليف لفائدة الثانى وهو وان لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكيته الا أنه ينقص من نطاقها ويوجب عليه الا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق (نقض مدنى فى ٩ يونيه سنة ١٩٨٢ مجموعة احكام النقض السنة ٣٣ رقم ١٢٤ صفحة ٦٩٨) .

(٢) ديمولومب ١١ فقرة ٨ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ .

يضمن خلو العقار من هذه القيود ، فهى قيود فرضها القانون وعلى المشترى أن يعرف ذلك • وانما قصد البائع أن يضمن خلو العقار من حق ارتفاق فرضه الاتفاق لا القانون ، وخرج به عن حدود التنظيم العام لحق الملكية (١) •

٢ — فاذا ضمن البائع خلو المبيع من حق ارتفاق للمطل ، فهو لا يضمن بذلك خلو المبيع من حق المطل القانونى اذ أن هذا ليس بحق ارتفاق بل هو قيد قانونى على الملكية • وانما يضمن للمشترى خلو المبيع من حق ارتفاق للمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم ، وهو أن يفتح الجار مطلا على مسافة اقل من المسافة القانونية (٢) •

٣ — لا تزول هذه القيود القانونية بعدم الاستعمال ، لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتدوم بدوام هذا الحق • ولو كانت هذه الحقوق حقوق ارتفاق حقيقية ، لزالت بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة • كذلك لا تكسب هذه القيود بالتقادم المكسب ، لأن الافادة منها تعتبر رخصة من المباحات ، فلا تصلح مبدأ لحيازة مكسبه لارتفاق بالتقادم • فاذا زال انحباس الأرض بعد خمس عشرة سنة لم يكن لمالك هذه الأرض أن يدعى أنه كسب حق المرور القانونى بالتقادم • ولو كان حق المرور اتفاقيا ، لملكة بالتقادم المكسب (٣) •

وقد كان التقنين المدنى السابق يعتبر هذه القيود القانونية الواردة على حق الملكية حقوق ارتفاق قانونية ، فرجع التقنين المدنى الجديد عن هذا الاتجاه وسار فى اتجاه أدق ، اذ فصل ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وهو الذى بيناه فيما تقدم وبين القيود القانونية التى ترد على حق الملكية • وأورد هذه القيود فى مكانها الصحيح عندما عرض

---

(١) كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ — الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٣٥٨ ص ٨٩١ هامش ١ والمراجع المشار اليها ، حسن كيرة فقرة ٦٤ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣ •

(٢) كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ •

(٣) حسن كيرة فقرة ٦٤ ص ٢٠١ •

لقيود الملكية ، ولم يضعها فى الفصل الذى عرض فيه لحق الارتفاق • وتقول المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « وضع المشروع فى حق الارتفاق نصوصا تقرز القواعد العامة فى هذا الموضوع. بعد أن فصل ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وبين القيود القانونيه التى ترد على حق الملكية ، وكثيرا ما تسمى بحقوق الارتفاق القانونية (١) » •

على أن هذه المسألة قد اختلفت فيها الأنظار • فمن الفقهاء فى فرنسا من يذهب الى أن هذه القيود هى حقوق ارتفاق قانونية ، وان كان يسلم بأن الأصل فى حق الارتفاق أنه قيد يرد استثناء على حق الملكية على خلاف الوضع المألوف (٢) • ومن الفقهاء من يميز بين القيود المقررة للمصلحة العامة وهذه ليست حقوق ارتفاق وانما هى قيود ترد على حق الملكية للمصلحة العامة ، وبين القيود المقررة للمصلحة الخاصة • وفى هذه يفرق بين القيود المتعلقة بالمياه وبوضع الحدود والتحويط وبالحائط المشترك وهذه قيود وليست حقوق ارتفاق ، وبين القيود الأخرى وبخاصة حق المرور وهى ذات طبيعة مختلطة تجمع بين معنى القيد ومعنى حق الارتفاق (٣) • والغالبية

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢١ — وتقول ايضا المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « وانتقل المشروع بعد ذلك الى ما يرد على الملكية من قيود ، وهى نوعان : قيود قانونية وقيود اتفاقية . فالقيود القانونية قد تتضمنها تشريعات خاصة تصدر لتقييد حق الملكية مراعاة لمصلحة عامة او لمصلحة خاصة جديرة بالرعاية . وقد تكون قيودا اقتضتها التزامات الجوار .. وقد تكون ما يسميه التقنين الحالى (السابق) بحقوق الارتفاق ، وقد نقلها المشروع من المكان المخصص لحقوق الارتفاق الى المكان الذى ينبغى أن توضع فيه بين القيود القانونية التى ترد على حق الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦) •

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٨١٨ ص ٥٣٥ — ص ٥٣٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٠٥ ص ٨٨٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٦٧٨ — كولان كابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ — ص ٨٠٦ •

(٣) بيدان ونوارا ٤ فقرة ٥٦٢ وما بعدها — مارتى ورينو فقرة ١٤٤ وفقرة ١٤٤ مكررة — كاربونييه ص ١٨٤ — ص ١٨٥ •

من الفقهاء يذهبون صراحة الى أن كل هذه القيود انما هي قيود ترد على حق الملكية ، وليست بحقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح (١) .

والفقه المصرى هو أيضا منقسم . ففى حين أن القلة من الفقهاء تذهب الى أن هذه القيود القانونية هى حقوق ارتفاق حقيقية (٢) ، أو الى أن بعض هذه القيود تعتبر حقوق ارتفاق حقيقية (ارتفاقات المياه والمرور) وبعضها ليس الا مجرد قيود ترد على حق الملكية (٣) ، فان الكثرة من الفقهاء تأخذ بالرأى الصحيح وهو الرأى الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد ، فتعتبر أن هذه القيود جميعا انما هى قيود ترد على حق الملكية وليست حقوق ارتفاق حقيقية (٤) .

٣٩٤ — تقسيم قيود الملكية الى قيود للمصلحة العامة وأخرى للمصلحة الخاصة — نص قانونى :

تنص المادة ٨٠٦ مدنى على ما يأتى :

« على المالك أن يراعى فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة ، وعليه أيضا مراعاة الأحكام الآتية » (٥) .

---

(١) ديمولومب ١١ فقرة ٨ — اوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ — جوسران ١ فقرة ١٩٦٨ — دى باج ٥ فقرة ٩٤٢ — مازو فقرة ١٧٠٦ وانظر أيضا فقرة ١٣٨٢ — وقرب كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ .

(٢) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٠ — ومع ذلك انظر فقرة ٣٣٠ ص ٣٢٥ وهامش ٣ حيث يورد حكم محكمة استئناف مصرفى ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٦٨ ص ٣٧٦ فى المعنى العكسى .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٧٨ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٩ ص ٩٦ — ص ٩٧ (ومع ذلك انظر ص ٩٧) .

(٤) محمد على عرفة فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٠ — اسماعيل غانم فقرة ٤٤ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢ — حسن كيرة فقرة ٦٤ — محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٣٧٣ ص ٤٠١ .

(٥) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٦٨ من المشروع =

ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ولكن الحكم الوارد به كان معمولا به .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٧٣ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨١٥ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى قانون الملكية العقارية اللبنانى ولا فى التقنين المدنى الكويتى — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٢١ (١) .

والنص ، كما نرى ، يقسم القيود التى ترد على حق الملكية الى

= التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ولم يكن نص المشروع التمهيدى يشتمل على عبارة « فى استعمال حقه » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٨٧٤ فى المشروع النهائى ، بعد ان اضافت عبارة « فى استعمال حقه » ، فاصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٣ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦ — ص ٢٧) .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « تبدأ سلسلة القيود القانونية التى ترد على حق الملكية بنص يشير الى القوانين الخاصة ، وما يلحق بها من مراسيم ولوائح تتعلق بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة ويكون من شانها التقييد من حق الملكية ، وذلك كقانون نزع الملكية وقوانين الآثار وقانون المحلات المقلقة للراحة ولائحة الترع والجسور » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٦) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٧٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة) .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل للنص فيه ولكن يمكن العمل باحكامه لانها تتفق مع القواعد العامة .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٢١ : للمالك ان يتصرف فى ملكه كيف شاء مالم يكن تصرفه مضرا بالغير ضررا فاحشا او مخالفا للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة او المصلحة الخاصة .

(واحكام التقنين الأردني تتفق في عمومها مع احكام التقنين المصري) .

قيود متعلقه بالمصلحة العامة وأخرى تتعلق بالمصلحة الخاصة • ولم يتفق الفقهاء على تقسيم واحد لقيود الملكية . بل تنوعت طرائفهم فى هذا التقسيم • ونحن نؤثر أن نجارى التقنين المدنى فى التقسيم الذى أخذ به ، ونبحث فى فصلين متعاقبين القيود التى ترد على حق الملكية لحماية المصلحة العامة وتلك التى ترد لحماية المصلحة الخاصة ، مع ملاحظة أن ما يرد من القيود لحماية المصلحة الخاصة قصد به أن ينتهى الى حماية المصلحة العامة عن طريق حمايته للمصلحة الخاصة •

الفصل الأول

قيود ترد على حق الملكية للمصلحة العامة

٣٩٥ — نوعان من القيود :

ويمكن ، فى القيود التى تتعلق بالمصلحة العامة ، التمييز بين نوعين :

(النوع الأول) قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه •

(النوع الثانى) قيود يقررها القانون قبل قيام حق الملكية ، فهى واردة على حق التملك فى ذاته • ونبحث منها القيود التى قررها قانون الاصلاح الزراعى والقيود التى ترد على حق الأجانب فى تملك العقار بمصر •

الفرع الأول

قيود ترد على حق الملكية بعد قيامه

٣٩٦ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٢٢ مدنى على ما يأتى :

« المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة فى اللوائح ، وبالشروط

التى تفرضها » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤١/٦٣ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٧٧ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٣١ — ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى ، ولا فى قانون الملكية العقارية اللبنانى — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى الكويتى ولا فى التقنين المدنى الأردنى (٣) .

وهذا النص تطبيق مباشر لما سبق أن قررته المادة ٨٠٦ مدنى فيما رأينا (٤) . من وجوب أن يراعى المالك فى استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة (٥) . وقد

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٣ فى المشروع النهائى ، ثم مجلس النواب تحت رقم ٨٩١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٢ — ص ٧٣) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٤١/٦٣ : محلات المعامل والآبار وآلات البخار والمحلات المضرة بالجيران يجب أن تبنى بالبعد عن المساكن بالمسافات المقررة باللوائح ، على مقتضى الشروط المبينة بها (والتقنين المدنى السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٧٧٧ (مطابق) — وانظر أيضا م ٩٦٧ .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل للنص فيه ولكن يعمل بأحكامه فى الكويت لأنها تتفق مع القواعد العامة .

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل ، ولكن تعمل بأحكامه فى الأردن لاتفاقها مع القواعد العامة .

(٤) انظر آنفا فقرة ٣٩٤ .

(٥) أما بقية القيود القانونية التى أوردها التقنين المدنى فتتعلق بالمصلحة الخاصة ، وسنعرض لها تفصيلا فيما يأتى .

خص النص بالذكر المصانع والآبار والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران ، ويمكن اجمالها فيها يسمى بالمحال المقلقه للراحه والمضره بالصحه والخطرة .

وهناك قيود أخرى كثيرة ترد على حق الملكية للمصلحة العامه ، عررتها القوانين والمراسيم واللوائح . وليس هنا مقام حصر هذه القيود ، اذ هى تدخل فى مباحث القانون الأدارى .

وقد مر بنا بعض من هذه القيود فى مواطن متفرقه . منها حقوق الأرتفاق الادارية (١) ، ونزع الملكيه للمنفعه العامه (٢) ، والاستيلاء الموقت (٣) ، والحراسة (٤) ، والتأميم (٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن تقييد وزارة التموين للشركة — التى تستورد قمحا لتنتج منه دقيقا من النوع الفاخر — فى التصرف فى القمح والدقيق طبقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنه ١٩٤٥ والقرار ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ ، لا ينفى ملكيه الشركه للقمح . لان فرض قيود قانونيه أو اتفاقيه على حق الملكيه لا يؤثر على بقاء هذا الحق وقيامه (٦) .

كما قضت محكمة النقض بأن اصدار وزارة التموين قرارات بتنظيم تداول بذرة القطن وبيان كيفية التصرف فيها وتحديد سعرها والكميات الواجب صرفها لا ينفي ملكية أصحابها لها ، اذ أن تقييد حق الملكيه بقيود قانونية تتضمنها تشريعات خاصة مراعاة للمصلحة العامة أمر جائز . وقد أقرت ذلك المادة ٨٠٦ من القانون المدنى (٧) .

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٥٨ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٣٨٧ وما بعدها .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٣٨٤ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ٣٨٥ .

(٥) أنظر آنفا فقرة ٣٨٦ .

(٦) نقض مدنى فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ صفحة ١٨٠ .

(٧) نقض مدنى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض السنة ١٤ صفحة ١١٤ .

ونقتصر هنا على استعراض بعض القيود الأخرى المقررة للمصلحة العامة ، فى ايجاز تام ، فنتناول أولا ما عرضت له المادة ٨٢٢ مدنى سالفة الذكر من القيود المتعلقة بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، وتركيب الآلات البخارية • ثم نعرج على طائفة أخرى من القيود تتعلق بالزراعات الممنوعة ، وبحماية الاثار التاريخية •

ولا جدوى من محاولة ترتيب هذه القيود وتصنيفها • فهى قيود متناثرة متشعبة (١) . ومحل دراستها التفصيلية هو كما قدمنا القانون الادارى •

٣٩٧ — المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة :

يتقيد ملاك المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة (établissements incommodes, insalubres et dangerex) فى أنشاء محل من هذه المحال أو تشغيله : بوجوب الحصول على رخصة من جهة الادارة تعطى للمالك مقدما • وتجب الرخصة أيضا فيما اذا نقل المحل من مكان الى مكان آخر ، أو أحدث فى المحل تغيير من شأنه تعديل كيفية التشغيل تعديلا كليا يتعلق بالراحة وبالصحة وبالأمن العام (انظر م ١

---

(١) ويصنف الأستاذ محمد كامل مرسى اهم هذه القيود على الوجه الآتى : « اولا — القيود المقررة للمنفعة العامة كنزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء الموقت على العقارات للمنفعة العامة فى حالة حصول غرق مثلا او قطع جسر الخ — ثانيا — القيود المقررة لصلحة الأمن العام أو الصحة العامة ، مثل القيود المختصة بالتنظيم ، او التى تجب مراعاتها فى انشاء العزب والزرائب ، او المحال العمومية ، او المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، او اقامة الآلات الرافعة ، او تركيب الآلات البخارية ، او احداث الحفر او البرك ، او جوار السكك الزراعية ، او تسوير الأراضى الفضاء الخ — ثالثا — القيود المقررة لمصلحة الزراعة ، مثل القيود الملزم باتباعها مالكو الأراضى المجاورة للترع والمصارف ونحوها ، والقيود الخاصة بوقاية القطن والمزروعات الأخرى — رابعا — القيود المقررة لتسهيل الملاحة الجوية — خامسا — القيود المقررة للمصلحة الحربية ، مثل انشاء مناطق خطر حول القلاع — سادسا — القيود الموضوعة لحفظ الثروة الأهلية وانمائها ، مثل القيود الخاصة بالمناجم ونحوها ، وحماية الآثار التاريخية — سابعا — القيود المقررة للمصلحة المالية ، كالزراعات الممنوعة » (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٢١) •

و م ٤ من القانون رقم ١٣ الصادر فى ٢٨ أغسطس سنة ١٩٠٤) (١) ٠
وقد وضع المشرع اشتراطات ومواصفات تتحتم مراعاتها فى انشاء هده المحال ، وهدف منها الى المحافظه على صحه الجمهور ووقايته وسلامته وراحته ٠ وقد قضت محكمه القضاء الادارى بمجلس الدوله فى هذا الصدد بأن الأهداف التى يهدف اليها المشرع فى القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤ بشأن المحلات المقلقه للراحه والمضره بالصحه والخطرة ، وفى اللائحه المرافقه لهذا القانون . وفى الاشتراطات والمواصفات التى تتحتم مراعاتها فى انشاء هذه المحلات ، انما تنحصر فى المحافظة على صحه الجمهور ووقايته وسلامته وراحته ، ويترتب على ذلك أن استعمال الحق المخول بمقتضى المادة الاولى من القانون رقم ١٣ لسنه ١٩٠٤ لجهه الادارة فى قبول او رفض الترخيص فى انشاء هده المحلات تبعا لما تراه من ملاءمه أو عدم ملاءمه مواقعها يجب ان يكون منوطا بتوخى الاغراض التى منحت من اجلها هذا الحق ٠ فاذا ما انحرفت جهة الادارة فى استعماله عن هذه الاغراض ، وكان رائدها فى تصرفها تحقيق غايه أخرى لا تمت لهذه الاغراض بسبب ، فأن قرارها فى هذا الشأن يكون مخالفا للقانون ، مشوبا باساءة استعمال السلطه . وبالتالى يكون واجب الالغاء (٢) ٠

والى جانب الرخصة سالفة الذكر ، يجب على كل مالك لأحد هذه المحال أن يتبع أوامر جهة الادارة ، وللجهة المذكورة الحق فى أى وقت أن تقرر ما تراه ضروريا من الأحكام والاجراءات الخاصة فيما يتعلق بأوضاع المحل الداخلية ، والالات المستعملة فيه ، وكيفية التشغيل ، والساعات التى يمكن العمل فيها ، حرصا على الذين يترددون اليها أو يشتغلون فيها أو يقيمون بجوارها (م ٣ من اللائحة التنفيذية الصادرة

---

(١) انظر استئناف مختلط ١٩ ابريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٨ ٠
(٢) محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة احكام مجلس الدولة ٤ رقم ٣٣ ص ١٠٤ ٠

فى ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٤ بتنفيذ القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤ (١) . وتقضى المادة ٦ من اللائحة التنفيذية المذكورة بألا دخل للحكومة مطلقا فيما يكون للغير من العلاقات مع المرخص له بانشاء وتشغيل محل مقلق للراحة ومضر بالصحة وخطر ، بل يكون المرخص له هو المسئول عن كل عمل يحدث ضررا أو غير ذلك بسبب انشاء المحل أو لأى سبب آخر .

وقد صدر القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٩ باجازة تحديد مناطق صناعية فى المدن ومجاوراتها ، وتقضى المادة الأولى منه بأنه يجوز فى المدن ومجاوراتها أن تحدد منطقة أو أكثر تخصص دون غيرها لما ينشأ أو يدار من المصانع والمعامل والورش وغير ذلك من المحال المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة أو الخطرة التى تعين بقرار من وزير الصحة بالاتفاق مع وزير التجارة والصناعة . وتعين بمرسوم المدن ومجاوراتها التى يسرى عليها هذا القانون . ومع عدم الاخلال بأحكام القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٠٤ بشأن المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة والأمر العالى الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ بشأن الآلات البخارية ، لا يجوز داخل المدن ومجاوراتها المخصص لها مناطق صناعية انشاء أو ادارة محل من المحال المشار اليها فى المادة الأولى المتقدمة أو الترخيص فى شىء من ذلك فى غير هذه المناطق .

٣٩٨ — تركيب الآلات البخارية :

وهناك قيود على تركيب الآلات البخارية شبيهة بالقيود التى أسلفناها فيما يتعلق بالمحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة . فقد اشترط الأمر العالى الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ والمعدل بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٣٧ الحصول على رخصة من جهة الادارة لتركيب آلة بخارية أو مرجل (قزان) ، أو لاحداث تغيير كلى فى الآلة البخارية المرخص بها ، أو لترميمها ترميما هاما من شأنه تعديل كيفية

---

(١) انظر استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٢٣ .

تشغيلها ، أو لنقلها الى اسم شخص آخر ، أو لنقلهـا الى مكان آخر ، وذلك حرصا على الراحة والأمن العام والصحة .

ويفرق القرار الصادر من وزارة الأشغال فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٠٠ بتنفيذ الأمر العالى سالف الذكر بين الالات البخـاريه التى تزيد قوة مراجلهـا على سته خيول وتلك التى لا تزيد قوة مراجلهـا على ذلك . وتشترط شروطا تتعلق بالبعد عن المساكن والجسور والطرق العـامة ، وبارتفـاع المدخنـة ، وبغير ذلك من القيـود ، بالنسـبه الى كل من النوعين (١) .

٣٩٩ — الزراعات الممنوعة :

يقضى الأمر العالى الصادر فى ٢٥ يونية سـنة ١٨٩٠ ، المعـدل بالأمر العالى الصادر فى ١٠ مايو ١٨٩٢ ، بمنع زراعة الدخان والتنباك فى جميع أنحاء مصر ، ومن يزرع دخانا أو تنباكا يعاقب بغرامة قدرها ٢٠٠ جنيه عن كل فدان أو جزء من فدان ، فضلا عن مصـادرة الزراعة

---

(١) وفيما يتعلق بآلات رفع المياه انظر المواد ٤٤ — ٥٦ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن الرى والصرف (المعدل بالقانون رقم ٢٩ لسـنة ١٩٥٦ وبالقانون رقم ٣٨٥ لسـنة ١٩٥٦) . وتقضى المادة ٤٥ من هـذا القانون بأنه لا يجوز بغير ترخيص من تفتيش الرى اقامة اية آلة من الآلات الرافعة التى تدار بالماشية كالساقية أو التابوت لرفع المياه من النيل او من أحد المجارى العامة أو الخاصة وذات الانتفاع المشترك ، أو لتصريف مياه الصرف فى النيل أو فى احد المصارف العامة او فى البحيرات . وتقضى المادة ٤٦ بأنه لا يجوز بغير ترخيص من مفتش الرى اقامة او ادارة آلة محركة او طلمبة او اى جهاز من الأجهزة التى تحركها احدى الآلات الثابتة او المتنقلة التى تدار بالبخـار أو بالغـاز أو بالكهرباء او بالهواء او بقوة الماء أو بأحد الطرق الآلية (الميكانيكية) الأخرى ، لرفع المياه من النيل أو احد المجـارى العامة أو الخاصة ، أو لتصريف مياه الصرف فى النيل او فى احد المصارف العامة أو الخاصـة او فى احدى البحيرات . وتقضى المادة ٥٣ بأنه يجـوز لوزارة الأشغال العمومية (وزارة الرى) ان تقرر نقل اية آلة او طلمبة او جهاز أعطى عنه ترخيص ، أو نقل الأعمال التى انشئت من اجلها ، الى موقع آخر ، لمنع الخطر عن الجسور أو عن منشآت الرى الأخرى ، أو بسـبب انشاء اعمال جديدة او تعديل اعمال قائمة ذات منفعة عامة ، وذلك كله على نفقة الحكومة .

واتلافها . والسبب فى هذا المنع يرجع الى أسباب تتعلق بالخزانة العامه . اذ هى تعتمد كثيرا فى ايراداتها على الرسوم الجمركية للوارد الى مصر من الدخان والتنباك .

ويقضى القانون رقم ٤٢ لسنه ١٩٤٤ بمنع زراعة الحشيش . وذلك لأسباب صحيه . ويعاقب من يزرع الحشيش بالحبس من ٦ شهور الى سنتين وبغرامة من ١٠٠ جنيه الى ٢٠٠ جنيه عن كل فدان أو جزء من فـــدان .

ويقضى المرسوم بقانون الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٢٦ والمعدل بالقانون رقم ٦٤ لسنه ١٩٤٠ بمنع زراعة الخشخاش (أبو النوم) ، وذلك لما تحقق من أن الافيون الخام الناتج من الزراعه المحليه يباع سرا كمادة مخدرة . ويعاقب المخالف بالحبس مدة لا تزيد على ٦ شهور وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيها أو باحدى هاتين العقوبتين . وينزع المحصول ويعدم بواسطه رجال الادارة بناء على طلب وزارة الزراعه .

٤٠٠ — حماية الآثار التاريخية :

كان القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ يتكفل بحماية الآثار ، والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ يتكفل بحماية آثار العصر العربى . ثم صدر القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ يلغى هذين القانونين (فى المادة ٣٦ منه) ويحل محلها (١) .

ومن القيود التى فرضها قانون الآثار رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ سالف الذكر على حق الملكية لحماية الآثار التاريخية ما نص عليه فى المادة ٧ منه من أنه « لا يجوز للهيئات أو الأفراد الحفر بحثا عن الآثار ، ولو كانت

---

(١) فى صفحة ١٢٦ هامش ١ من هذا الكتاب ، فى مناسبة ذكر دخول التحف والتماثيل والصور المعروضة فى المتاحف العامة ضمن الأملاك العامة ، أشرنا الى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ ، ولم نشر الى القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ الذى الغى القانونين سالفى الذكر وحل محلهما ، وهو القانون المعمول به الآن .

الأرض مملوكة لهم ، الا بترخيص يصدر بقرار من وزير المعارف العمومية بعد أخذ رأى المصلحة المختصة وبعد التحقق من توافر الضمانات العلمية والفنية والمالية وغيرها فيهم » • فمنع صاحب الأرض من الحفر فى أرضه بحثا عن الآثار ، الا بترخيص ، قيد يرد على الملكية الخاصة لحماية الآثار •

ولما كانت الآثار تعتبر فى الأصل من الأموال العامة ، فكل من يعثر مصادفة ، ولو فى ملكه الخاص ، على أثر منقول أو عقارى على سطح الأرض أو فى باطنها ، يجب عليه أن يبلغ عنه فى الحال وأن يسلمه للسلطة المختصة ، والا اعتبر مستوليا على أثر بغير ترخيص ، ووقعت عليه العقوبة المقررة فى المادة ٣٠ من قانون الآثار •

وقد حددت المادة ٢٢ من قانون الآثار ، على سبيل الحصر ، الآثار والتى تعتبر مملوكة ملكية خاصة • وهذه هى الآثار الموجودة وقت العمل بقانون الآثار فى المجموعات الخاصة أو فى حيازة تجار العاديات ، والآثار التى تعطى للمكتشف مكافأة طبقا لأحكام القانون ، والآثار المنقولة المكررة التى تعطيها الحكومة بطريق البدل أو تتصرف فيها بالبيع أو التنازل ، والآثار المستوردة من الخارج ، وآثار العصر المسيحى وما تلاه من العصور الى نهاية عصر اسماعيل التى توجد فى ملك الأفراد ويكون قد تم تسجيلها دون أن تنزع الدولة ملكيتها ، والآثار التى تعرضها المتاحف للبيع مما تستغنى عنه • وقد أورد قانون الآثار على هذه الملكية الخاصة للآثار قيودا للمصلحة العامة التى تقتضى حماية الآثار ، ونذكر من هذه القيود ما يأتى :

١ — يجب على مالك الأثر العقارى المسجل أن يبلغ الوزارة المختصة عن كل تصرف فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التصرف (م ١٨ من قانون الآثار) •

٢ — لا يجوز نقل أى أثر الى أية جهة داخل الدولة المصرية الا بعد اخطار المصلحة المختصة ، ولا يجوز تصديره الى الخارج الا بترخيص

من الوزير المختص بعد موافقة المصلحة المختصـــة (م ٢٥ وم ٢٦ من قانون الآثار) .

٣ — يجوز للوزير المختص أن يصدر قرارا بالاســتيلاء على أى آثر منقول اذا رات المصـــلحه المختصه أن للدوله مصــلحة فى أقتنائه . وذلك فى مقابل تعويض يمنح لمالك الاثر تقدره لجنة خاصــة . وللمالك المعارضـــه فيه امام المحكمه الابتدائيه المختصـــة خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغه الى المالك بخطاب موصى عليه مع علم وصول (م ٢٧ من قانون الآثار) .

٤ — اذا تقرر تسجيل أى أثر منقول مملوك لفرد أو هيئه ، يعد هذا الفرد أو الهيئه حائزا لأثر مسئولا عن المحافظه عليه وعدم احداث أى تغيير فيه ؛ ولا يجوز له نقله او التصرف فيه الا بالقيود الســالف الاشاره اليها (م ٢٨ من قانون الآثار) .

الفرع الثاني

قيود ترد على الحق فى التملك

المبحث الأول

قيود واردة فى قانون الاصلاح الزراعي

٤٠١ — ما اشتمل عليه قانون الاصلاح الزراعي من القيود :

اشتمل المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنه ١٩٥٢ الخاص بالاصلاح الزراعي ، الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، وما تلاه من قوانين معدلة له ، على كثير من القيود . أهمها الحـــد الأقصى الجـــائز تملكـــه من الأراضي الزراعية ، وتحديد العلاقة بين مســـتأجر الأرض الزراعيـــة ومالكها وما تضمن ذلك من قيود متعلقة بالحد الأقصى للأجرة ، والحد الأدنى لمدة الايجار ، وايجاب الكتابة فى انعقاد الايجار ، وعدم جـــواز

تأجير الأرض الزراعية الا لمن يتولى زراعتها بنفسه ، وعدم جواز زيادة ما ينتفع به الشخص من الأراضى الزراعية على خمسين فدانا أو على القدر الجائز له تملكه أيهما أكثر ، وامتداد عقود ايجار الأراضى الزراعية بحكم القانون ، وكذلك النصوص التى تهدف الى الحد من تجزئة الأراضى الزراعية ومنع تفتت الملكية الزراعية . وقد سبق أن بحثنا المسائل الخاصة بتحديد العلاقة ما بين مستأجر الأرض الزراعية ومالكها وما تضمنه ذلك من قيود متعددة ، عند الكلام فى عقد الايجار (١) . وكذلك بحثنا مسألة الحد من تجزئة الأرض الزراعية والمسائل التى يثيرها قانون الاصلاح الزراعى بالنسبة الى بيع الأراضى الزراعية ، عند الكلام فى عقد البيع (٢) .

ولما كنا هنا بصدد القيود التى أوردها قانون الاصلاح الزراعى فيما يتعلق بحق تملك الأراضى الزراعية ، فنقتصر بحثنا على هذه المسألة ،

---

(١) انظر الوسيط الجزء السادس فقرة ٧٣٠ وما بعدها .

(٢) انظر الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٩٧ — فقرة ٢٠٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادتين ٢٣ و ٢٤ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الاصلاح الزراعى قد عالج مسألة تفتيت ملكية الأرض الزراعية بأن يتفق ذوى الشأن على من تؤول اليه ملكية الأرض منهم ، فاذا تعذر الاتفاق رفع الأمر الى المحكمة المختصة سواء منهم أو من النيابة العامة لتفصل فيمن تؤول اليه الأرض ، فاذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بباقى الأنصبة ، قررت المحكمة بيع الأرض عن طريق المزاد . كما تفصل المحكمة فى أيلولة الأرض غير القابلة للتجزئة لمن يحترف الزراعة من ذوى الشأن ، فان تساووا فى هذه الصفة اقترع بينهم ، فاذا كان سبب كسب الملكية بالميراث فضل من يشتغل بالزراعة من الورثة ، فان تساووا فى هذه الصفة قدم الزوج فالولد ، فاذا تعدد الأولاد اقترع بينهم . ويبين من ذلك انه لا تعارض بين حكم المادتين سالفتى الذكر وانتقال ملكية الأرض الزراعية طبقا للقواعد العامة لطرق كسب الملكية ومن بينها الميراث مما مفاده انه حتى يتم — اتفاقا أو قضاءا — أيلولة الأرض الزراعية الى المستحق ، فانهم جميعا يظلون منتفعين بأنصبتهم فى الأرض على الشيوع . (نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ رقم ١٧٨ صفحة ٩٩٠) .

ونبين الحـــد الأقصى الجـــائز تملكه من هذه الأراضى • والأصـــل أنه لا يجوز لشـــخص ان يتملك من الأراضى الزراعية أكثر من خمســـين فدانا ، ويرد على هذا الاصل بعض الاستثناءات •

١ — الأصـــل العام

٤٠٢ — الحد الأقصى لتملك الفرد للأرض الزراعية بحسب قانون سنة ١٩٥٢ :

أول ما صدر من قوانين الاصلاح الزراعى هو المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، وقد صدر فى ٩ ســبتمبر ســـنة ١٩٥٢ • ويعتبر هو الأصل ، وما جاء من القوانين بعده هى قوانين معدلة له ، مع بقائه على حاله فى الأحكام التى لم تعدلها هذه القوانين •

وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على ما يأتى : « لا يجوز لأى شخص أن يمتلك من الأراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان • وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ، ولا يجوز تسجيله » •

ونرى منذلك أن الحد الأقصى لتملك الفرد للأرض الزراعية ،(١)• بحسب قانون سنة ١٩٥٢ ، هو ٢٠٠ فدان • فاذا زادت ملكية الفرد وقت نفاذ هذا القانون على هذا الحد ، استولت الحكومة على المقدار الزائد ، وتنص المادة ١/٣ و٢ من القانون فى هذا الصدد على ما يأتى : « تستولى الحكومة فى خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على

---

(١) ولا يسرى قانون الاصـــلاح الزراعى الا على الأراضى الزراعية ، فلا يسرى على اراضى البناء وهى الأراضى الداخلة فى كردون البنادر والبلاد الخاضـــعة لأحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ بشروط معينـــة ، والأراضى المقام عليها بناء غير تابع لأرض زراعية او لازم لخدمتها ، والأراضى الفضاء التابعة لبناء غير تابع لأرض زراعية أو لازم لخدمتها (انظر التفسير التشريعى رقم ١ لسنة ١٩٦٣ بتعديل المادة ٣ من التفسير التشريعى رقم ١ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالمادة ٣ من التفسير التشريعى رقم ٤ لسنة ١٩٥٣) •

ملكية ما يجاوز مائتى الفدان التى يستبقيها المالك لنفسه ، على ألا يقل المستولى عليه كل سنة عن خمس مجموع الأراضى الواجب الاستيلاء عليها • ويبدأ الاستيلاء على أكبر الملكيات الزراعية ، وتبقى للمالك الزراعة القائمة على الأرض وثمار الأشجار حتى نهاية السنة الزراعية التى تم خلالها الاستيلاء » • وقد اتخذ القانون احتياطات وقائية ليمنع التحايل على أحكامه ، فنص فى المادة ٣/٣ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتى : « ولا يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون : (أ) بتصرفات المالك ولا بالرهون التى لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ (١) • (ب) بتصرفات المالك الى فروعه وزوجه وأزواج فروعه ، ولا بتصرفات هؤلاء الى فروعهم وأزواجهم وأزواج فروعهم وان نزلوا ، متى كانت تلك التصرفات غير ثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٤ ، وذلك دون اضرار بحقوق الغير التى تلقاها من المذكورين بتصرفات ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ (٢) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الاصلاح الزراعى انما يستمد حقه فى الاستيلاء على ما يزيد عن القدر المسموح بتملكه قانونا من البائع نفسه اذا كان البيع غير ثابت التاريخ قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى ، وذلك على اساس ان البائع هو الذى زادت ملكيته وقت العمل بقانون الاصلاح الزراعى عن هذا القدر ، وان الاستيلاء الذى قامت به جهة الاصلاح الزراعى انما يستهدف البائع للحد من ملكيته الزائدة عن الحد المسموح بتملكه قانونا (نقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ٣٢ صفحة ١٨٨) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الرابعة من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بعد تعديله بالقانون رقم ٣١١ لسنة ١٩٥٢ و١٠٨ لسنة ١٩٥٣ ، يدل — على ماجرى به قضاء محكمة النقض — على أن تصرف المالك الى اولاده على هذا الوجه وفى هذا النطاق هو رخصة واستجاب ندب اليه الشارع رعاية منه للملاك ذوى الأولاد وتمييزا لهم عن غيرهم، يستوى فى ذلك أن يكون بعوض أو بغير عوض ، ومثل هذا التصرف لا ترد عليه مظنة الغش والتحيل على أحكام القانون الذى قام عليها نص المادة الرابعة من قانون التركات رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ وافترضها فى شأن الهبات وحدها دون سائر التصرفات طالما أن القانون هو الذى رخص فيه وندب اليه وافترضه (نقض مدنى فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢١ (صفحة ٨٣٠) .

(جـ) بما قد يحدث منذ العمل بهذا القانون من تجزئة بسبب الميراث أو الوصية للأراضي الزراعية المملوكة لشخص واحد ، وتستولى الحكومة في هذه الحالة على ملكية ما يجاوز مائتي الفدان من هذه الأراضي في مواجهة الورثة والموصى لهم ، وذلك بعد استيفاء ضريبة التركات » • ونرى من ذلك أن القانون اتخذ احتياطات ثلاثة :

(**أولا**) افتراض أن المالك ، قبل استيلاء الحكومة على المقدار الزائد من أرضه ، قد مات وترك أكثر من وارث وقد يكون أوصى بجزء من أرضه، وترتب على ذلك أن الورثة والموصى لهم اقتسموا تركة مورثهم وهي تزيد على مائتي فدان ، فلم يصب الواحد منهم أكثر من هذا المقدار • فالعبرة في هذه الحالة بتاريخ نفاذ القانون لا بتاريخ موت المورث ، وتستولى الحكومة على ملكية ما يجاوز مائتي الفدان من تركة المورث — اذ يفترض بقاؤه حيا حتى يوم الاستيلاء — في مواجهة الورثة والموصى لهم ، وذلك بعد استيفاء ضريبة التركات •

(**ثانيا**) افترض القانون أن المالك قد تصرف بعد أول يناير سنة ١٩٤٤ (تاريخ فرض رسم الأيلولة على التركات) في جزء من أرضه أو فيها كلها الى زوجه وفرعه وأزواج فروعه ، وذلك تهربا من قانون ضريبة التركات ، ويقضي هذا القانون بعدم الاعتداد بهذه التصرفات بالنسبة الى الضريبة اذا مات المورث في خلال خمس سنوات من وقت التصرف • فلم يعتد قانون سنة ١٩٥٢ هو أيضا بهذه التصرفات بالرغم من بقاء المورث حيا حتى سنة ١٩٥٢ ، وأدخل جملة ما تصرف فيه المالك ضمن الباقي عنده في حساب المائتي الفدان الحد الأقصى للملكية الزراعية • ولم يعتد الا بالتصرفات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٤ ، ثم أضاف المشرع ، بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ ، الى التصرفات الصادرة الى الزوج والفروع وأزواج الفروع ، ما عسى أن يكون قد صدر من تصرفات من هؤلاء الى أزواجهم وفروعهم وأزواج فروعهم وان نزلوا ، اذ افترض التواطؤ في هذه التصرفات المتعاقبة • ومع ذلك نص القانون على عدم الاخلال بحقوق الغير التي تلقوها ممن

سبق ذكرهم بتصرفات ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ ، أما بعد هذا التاريخ فلا يعتد بهذه التصرفات .

(ثالثا) افترض القانون أن المالك بعد يوم ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ ، وقد توقع صدور قانون الاصلاح الزراعى ، قد بادر الى التصرف فى أرضه أو الى رهنها للغير متواطئا معه ، فلم يعتد القانون بتصرفات المالك ولا بالرهون التى لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المناط عند الاستيلاء على المساحات الزائدة تنفيذا للقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر بشأن الاصلاح الزراعى فى الاعتداد بما لم يشهر من تصرفات المالك الصادرة الى غير فروعه وزوجه وأزواج فروعه والسابقة على يوم ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ تاريخ العمل بهذا القانون هو — على ما جرى به قضاء محكمة النقض — ثبوت تاريخ هذه التصرفات قبل يوم قيام الثورة فى ٢٣ يوليه سنة

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن المادة الثالثة من قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ تنص على أنه لا يعتد فى تطبيق احكام هذا القانون بتصرفات المالك التى لم يثبت تاريخها قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ ، وقد أراد الشارع بذلك القضاء على التصرفات الصورية التى تبرم بغية الفكاك من أحكام هذا القانون ، فاعتبر جهة الاصلاح الزراعى من طبقة « الغير » ، وشرط للاعتداد بهذه التصرفات فى مواجهتها أن تكون ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض ١٣ رقم ٨٥ ص ٥٦٥) . وانظر أيضا فى أن هذه التصرفات غير ثابتة التاريخ قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ ، وان كان لا يعتد بها فى مواجهة الاصلاح الزراعى ، تظل صحيحة ونافذة فيما بين عاقديها ، بحيث اذا اختار المالك الأطيان موضوع هذه التصرفات فليس لجهة الاصلاح الزراعى أن تعترض على التصرفات حكم النقض السابق ونقض ٣ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٣ ص ٣٧ .

والى جانب هذه الاحتياطات الثلاثة ، أضاف قانون سنة ١٩٥٢ ما يأتى : ١ — م ١٧ (المعدلة بالقانون رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٥٣) : يعاقب بالحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى ، فضلا عن مصادرة ثمن الأرض الواجب الاستيلاء عليها . ويعاقب أيضا بالحبس كل من يتعمد من مالكى الأراضى التى يتناولها حكم القانون أن يحط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها ، بقصد تفويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها . وكذلك يعاقب بالحبس كل من يتصرف تصرفا يخالف المادة =

١٩٥٢ . فما لم يكن منها ثابت التاريخ قبل هذا اليوم لا يعتد به بمعنى أن يعتبر المتصرف فيه باقيا على ملك المتصرف فيما يختص بتطبيق أحكام الاستيلاء ، فاذا كان الثابت ان عقد البيع محل النزاع ليس له تاريخ ثابت قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ فان حق الاصلاح الزراعى فيما استولى عليه من الأطيان المبيعة الى المطعون عليه من الطاعنين يكون مستمدا منهما ومن ثم يكونان مسئولين قبل المطعون عليه (المشترى) عن هذا الاستيلاء ما دام سببه راجعا اليهما (١) .

ونصت المادة ٤ من قانون سنة ١٩٥٢ (المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ٣١١ لسنة ١٩٥٢ وبالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ وبالقانون رقم ٣٠٠ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٣٩٧ لسنة ١٩٥٣) على ما يأتى : « يجوز مع ذلك للمالك ، خلال خمس سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون ، أن يتصرف بنقل ملكية ما لم يستول عليه من أطيانه الزائدة على مائتى فدان على الوجه الآتى : (أ) الى أولاده بما لا يجاوز

= الرابعة من علمه بذلك. وكذلك يعاقب بالحبس كل من يخالف أحكام الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الرابعة مكررة . ثم أضيفت بالقانون رقم ٤٩٥ لسنة ١٩٥٣ المادة ١٧ مكررة وتجرى بما يأتى : « يعفى من العقاب بما فى ذلك المصادرة كل بائع او شريك بادر من تلقاء نفسه بالرجوع عن التصرف المخالف للقانون ، أو بابلاغ الجهات المختصة أمر هذه المخالفة » . ٢ ـ م ٢٥ : ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٣ تفرض ضريبة اضافية على ما يزيد على مائتى فدان بنسبة خمسة امثال الضريبة الأصلية . وقد قصد بهذا النص المساواة ما بين الملاك الذين استولى على اراضيهم فى السنوات الأولى ، وهؤلاء الذين استولى على اراضيهم فيما بعد اذ يدفعون ضريبة اضافية على العقار الزائد على الحد الأقصى الى يوم الاستيلاء على هذا المقدار .

وقد قضت محكمة النقض بأن مقتضى عدم اعتداد جهة الاصلاح الزراعى بالبيع الصادر ممن خضع لقانون الاصلاح الزراعى والذى لم يثبت تاريخه قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ ، هو الاستيلاء على العقد المتصرف فيه ما دام البائع لم يحتفظ به فى اقراره ضمن المائتى فدان التى اختار الاحتفاظ بها باعتبارها الحد الأقصى الجائز تملكه طبقا للقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ (نقض مدنى فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٥٣ صفحة ٣٤٥) .

(١) نقض مدنى فى أول فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٢٧ صفحة ٢٠٥ .

خمسين فدانا للولد ، على الا يزيد مجموع ما يتصرف فيه الى أولاده على المائة فدان • فاذا توفى المالك قبل الاستيلاء على أرضه دون أن يتصرف الى أولاده أو يظهر نية عدم التصرف اليهم ، افترض أنه قد تصرف اليهم فى الحدود السابقة ، ويتم توزيع ما افترض التصرف فيه على أولاده طبقا لقانون المواريث • (ب) الى صغار الزراع بالشروط الآتية : (١) ••• (جـ) الى خريجى المعاهد الزراعية بالشروط الآتية : •• ولا يجوز للمالك ، سواء كان تصرفه الى صغار الزراع أو الى خريجى المعاهد الزراعية ، أن يطعن فى التصرف بالصورية بأى طريق كان ، ولو بطريق ورقة الضد • ولا يكون التصرف صحيحا الا بعد تصديق المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار » (٢) • وفى هذا النص توسعة على

---

(١) وقد قضت المحكمة الادارية العليا على ان المادة الرابعة من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الاصلاح الزراعى انه يجوز للمالك الخاضع أن يتصرف خلال خمس سنوات من تاريخ العمل بالقانون بنقل ملكية ما لم يستول عليه من اطيان زراعية الى صغار الزراع بشرط الا تزيد الأرض المتصرف فيها لكل منهم على خمسة افدنة ، واوضح التفسير التشريعى رقم ١ لسنة ١٩٥٤ بأن مجموع ما يجوز للشخص الواحد أن يتملكه طبقا للمادة الرابعة المشار اليها هو خمسة افدنة سواء تلقاها صفقة واحدة او اكثر ، وسواء من مالك واحد او اكثر (ادارية عليا فى ٧ يونيه سنة ١٩٨٣ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا السنة ٢٨ صفحة ٧٨٣) •

(٢) وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٣ ، يقضى بأن تتولى الهيئة العامة للاصلاح الزراعى ادارة واستغلال الأراضى المستولى عليها المخصصة للحدائق ، ويجوز للهيئة ان تتصرف فى هذه الأراضى الى شركات المساهمة التى تنشئها او تساهم فى راس مالها أو الى الجمعيات التعاونية التى تشرف عليها أو غيرها ، وذلك وفقا للقواعد والشروط التى يصدر بها قرار من رئيس الجمهورية . كما يجوز لها ان تعهد بادارة هذه الأراضى الى شركات المساهمة أو الى الجمعيات التعاونية المذكورة .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة التاسعة من التفسيرات التشريعية التى اصدرتها اللجنة العليا للاصلاح الزراعى بالتطبيق للتفويض المخول لها بالمادة ١٢ مكررا من قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والمضافة بالمرسوم بقانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٢ بأن يتثبت القاضى من الشروط المنصوص عليها فى المادة الرابعة من هذا القانون معتمدا فى ذلك على اقرار المشترى امامه بتوافرها وبأن يذكر المشترى بأنه اذا ادلى بأقوال غير صحيحة تعرض لتطبيق أحكام قانون العقوبات الخاصة بالتزوير فى اوراق رسمية =

الملاك الزراعيين ، فيجوز للمالك ، طبقا للنص ، أن يستبقى من أرضه مائتى فدان لنفسه ، ومائة فدان لأولاده ، ومقدارا آخر غير محدد يتصرف فيه الى صغار الزراع والى خريجى المعاهد الزراعية بالشروط المنصوص عليها فى القانون (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن لبند (ب) من المادة الرابعة من قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المعدل بالقانونين رقمى ٣١١ لسنة ١٩٥٢ و ٣٠٠ لسنة ١٩٥٣ أجازت لمن يملك أطيان تزيد على

= (نقض مدنى فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ٢٤٤ صفحة ١٦٢١) .

كما قضت محكمة النقض بأن مؤدى نصوص المواد ٤ و ٤ مكرر من قانون الاصلاح الزراعى ومن التفسيرات التشريعية التى اصدرتها اللجنة العليا للاصلاح الزراعى وعلى ما جرى من قضاء هذه المحكمة ، ان القاضى الجزئى انما يعول فى اصدار قراره بالتصديق على مجرد ما يدلى به المشترى من اقوال تفيد توفر الشروط المنصوص عليها فى المادة ٤ دون أن يقوم من جانبه بأى اجراء من شأنه التحقق من صحة هذه الأقوال ، مما يجعل امر القاضى بالتصديق عملا ولائيا يجوز معه لكل ذى مصلحة يؤثر فيها اعتبار العقد صحيحا ان يتمسك ببطلانه ويثبت عدم صحة هذه الأقوال التى صدر التصديق بناء عليها (نقض مدنى فى ١٤ يناير سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٧ صفحة ١٥١) .

وقضت محكمة النقض أيضا بأن المادة الرابعة من قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ أجازت للمالك خلال خمس سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون أن يتصرف بنقل ملكية ما لم يستول عليه من أطيانه الزائدة على مائتى فدان ، بالشروط المنصوص عليها فى تلك المادة ، وتراقب المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار مدى توافر تلك الشروط عند نظر التصديق على هذا التصرف فاذا ما الحق بالتصديق تسجيل العقد المثبت للتصرف يتعين الاعتداد به واستبعاد المساحة الواردة به من الاستيلاء (ادارية عليا فى ٢٤ يناير سنة ١٩٨٤ مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا السنة ٢٩ صفحة ٥٥٦) .

(١) وهناك توسعة أخرى . اذ نصت المادة ٢ حرف (ب) من قانون سنة ١٩٥٢ على ما يأتى : « ويجوز للأفراد ان يمتلكوا أكثر من مائتى فدان من الأراضى البور والأراضى الصحراوية لاستصلاحها ، ولا يسرى على هذه الأراضى حكم المادة الأولى الا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك . هذا مع عدم الاخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة » . وقد عدل النص بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٥٧ الذى عدل بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٨ .

الحد الأقصى الجائز تملكه قانونا أن ينقل الى صغار الزراع ملكية ما لم يستول عليه من أطيانه الزائدة على هذا الحد ، واشترطت لذلك شروطا منها أن تكون حرفة المتصرف اليهم هى الزراعة ، وذلك تحقيقا للهدف من قانون الاصلاح الزراعى وهو ارســاء قواعد العدالة فى توزيع الأرض على من يفلحونها ويعيشون من زراعتها لموزد رئيسى لهم ، وتحقيقا لذات الهدف وضـمانا لبقاء الارض المتصرف فيها بمقتضى هذه المادة فى آيدى صغار الزراع ، فقد نص فى المادة الرابعة مكررا على عدم جواز التصرف فيها الا الى صغار الزراع ، وعلى ذلك يكون من صغار الزراع فى حكم هاتين المادتين من تكون حرفتــه الزراعة باعتبارها مورد رزقه الرئيسى الذى يعول عليه فى معيشته وهو ما أفصح عنه التفسير التشريعى رقم ١ لسنة ١٩٦٣ الصادر من الهيئة العامة للاصلاح الزراعى ، وبالتالى فان من يزرع أرضا ويعول فى معيشته على حرفة أخرى لا يكون من صــغار الزراع بالمعنى المقصود قانونا • واذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن مهنة الطاعن الرئيسية التى يعول عليها فى معيشته هى التدريس للأسباب السائغة التى أوردها والتى من شأنها ان تؤدى الى ما انتهى اليه ورتب على ذلك بطلان العقد الصادر الى الطاعن لمخالفتــه لحكم المادتين ٤ و ٤ مكرر من قانون الاصـــلاح الزراعى فانه يكون قد التزم صحيح القانون (١) •

---

(١) نقض مدنى فى ١٤ يناير سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٧ صفحة ١٥١ •

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الرابعة من قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لســـنة ١٩٥٢ اجازت لمن يملك اكثر من مائتى فدان أن ينقل الى صغار الزراع ملكية ما لم يستول عليه من أطيانه الزراعية الزائدة على هذا القدر ، واشترطت لذلك شروطا معينة منها ان تكون حرفة المتصرف اليهم من الطائفة المذكورة هى الزراعة كما اشــترطت لصــحة التصرف ان يحصل التصديق عليه من المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار (نقض مدنى فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السـنة ١٨ رقم ٢٤٤ صــفحة ١٦٢١) •

كما قضت محكمة النقض بأن مفــاد نص المادة الرابعة من المرســوم بقانون رقم١٧٨ لسنة١٩٥٢ المعدلة بالمرسوم بقانون رقم٣١١ لسنة ١٩٥٢ =

ونصت المادة ٥ من قانون سنة ١٩٥٢ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسنه ١٩٥٣) على ما ياتى : « يكون لمن استولت الحكومة على ارضه ، وفقا لاحكام المادة الاولى ، الحق فى تعويض يعــادل عشرة امثال القيمة الايجاريه لهذه الارض ، مضافا اليه قيمه المنشــآت الثابتة وغير الثابتة والاشجار • وتقدر القيمه الايجاريه بسبعة امثال الضريبه الاصلية ••• واذا كانت منخيه الارض لتـخص وحق الانتفاع لاخر ، اســتحق مالك الرقبــه ثلثى التعويض والمنتفع الثلث » • ونصت المــادة ٦ (المعــدلة بالقانون رقم ٢٧٠ لســنه ١٩٥٣) على ما ياتى : « يؤدى التعــويض سندات على الحكومه بفائده سعرها ٣٪ تستهلك فى خلال ثلاثين سنه • وتكون هذه السندات اسميه ولا يجوز التصرف فيها الا لمصرى ، ويقبل اداؤها ممن استحقها من الحكومه لاول مرة او من ورثته فى الوفاء بثمن الاراضى البور التى تشترى من الحكـــومه ، وفى اداء الضرائب على الاطيان التى لم يسبق ربط ضرائب عليها قبل العمل بهذا القانون ، وفى اداء ضريبه التركات والضريبه الاضافيه على الاطيان المفروضه بموجب هذا القانون • ويصدر مرسوم ، بناء على طلب وزير الماليه والاقتصاد ، بتعيين مواعيد وشروط استهلاك هذه السندات وشروط تداولها » • وقد عدلت هذه المادة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٨ ، فاصــبحت الســندات الاسمية بفائدة سعرها ١,٥٪ فقط ، وتســتهلك هذه السندات فى خلال اربعين سنة • ولكن الحكومه ، فيما بعد ، الغت التعويض المستحق للملاك المستولى على اراضيهم ، سواء بحكم قانون سنة ١٩٥٢ أو بحكم قانون

= ان المشرع اشترط الا تقل الأرض المتصرف فيها لكل من صغار الزراع عن فدانين ، دون قيد أو شرط آخر — ومن ثم فان تخصيص النص بقصره على ان تكون الأرض المتصرف فيها للشـــخص فى حوض واحد ، يكون تقييدا لمطلق النص وتخصيصا لعمومه بغير مخصص ، ولا محل للاستهداء بحكمه التشريع والقول بان ما قصده الشارع هو محاربة تفتيت الملكية الى اقل من فدانين فى نفس الحوض لان ذلك انمـــا يكون عند غموض النص ، اما اذا كان النص واضـــحا على المعنى ، فلا يجوز الخروج عليه او تاويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى املته (نقض مدنى فى ٢٠ مايو ســـنة ١٩٧٦ مجموعة أحكـــام النقض السنة ٢٧ رقم ٢١٧ صفحة ١١٣٧) •

سنة ١٩٦١ ، وأصبح الاستيلاء دون أى مقابل أو تعويض بموجب القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ •

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ المطعون فيه ، اذ نص فى مادته الأولى على ايلوله ملكية الأراضى الزراعية التى تم الاستيلاء عليها طبقا لاحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالاصلاح الزراعى والقرار بقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ المعدل له الى الدوله دون مقابل ، يكون قد جرد ملاك تلك الأراضى المستولى عليها من ملكيتهم لها بغير مقابل ، فشكل بذلك اعتداء على هذه الملكية الخاصه ومصادرة لها بالمخالفة لحكم كل من المادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٧١ التى تنص على أن الملكية الخاصة مصونة ، والمادة ٣٦ منه التى تحظر المصادرة العامة للأموال ولا تجيز المصادرة الخاصة الا بحكم قضائى . مما يتعين معه الحكم بعدم دستورية المادة الأولى من القرار بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٦٤ لما كان ذلك ، وكانت باقى مواد هذا القانون مترتبة على مادته الأولى ، بما مؤداه ارتباط نصوصه بعضها ببعض ارتباطا لا يقبل الفصل أو التجزئة ، ومن ثم ، فان عدم دستورية نص المادة الأولى وابطال آثرها يستتبع بحكم هذا الارتباط — ان يلحق ذلك الأبطال باقى نصوص هذا القرار بقانون المطعون فيه ، بما يستوجب الحكم بعدم دستوريته برمته (١) •

٤٠٣ — الحد الأقصى لتملك الفرد للأرض الزراعية بحسب قانون سنة ١٩٦١ :

وبقى الحد الاقصى لتملك الفرد للأرض الزراعية مائتى فدان الى سنة ١٩٦١ • ثم صدر القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ تنص المادة الأولى منه على ما يأتى : « لا يجوز لأى فرد أن يمتلك من الأراضى الزراعية أكثر من مائة فدان • ويعتبر فى حكم الأراضى الزراعية ما يملكه الأفراد

---

(١) دستورية عليا فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٨٣ الدعوى رقم ٣ لسنة ١ قضائية ، مجموعة احكام تلك المحكمة ، الجزء الثانى رقم ٢٢ صفحة ١٥٥ •

من الأراضي البور ، والأراضي الصحراوية • وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله » • فأصبح الحد الأقصى لتملك الفرد للأراضي الزراعية مائة فدان فقط ، ويدخل فيها الأراضي البور والأراضي الصحراويه بعد أن كانت هذه الاراضي لا تدخل بحسب قانون سنه ١٩٥٢ في حساب المائتي فدان الى خمس وعشرين سنه من وقت تملكها •

ونصت المادة الثالثة من قانون سنة ١٩٦١ على أن « تستولى الحكومه على ملكية ما يجاوز الحد الاقصى الذي يستبقيه المالك » • ولم يحدد القانون مهلة لاتمام الاستيلاء كما حدد قانون سنة ١٩٥٢ مهله مقدارها خمس سنوات على النحو الذي قدمناه • وجاء في المذكرة الايضاحية لقانون سنة ١٩٦١ أن القانون يعطى « للهيئة العامة للاصلاح الزراعي الحق في الاستيلاء في تاريخ العمل به • فاذا تراخى صدور قرار الاستيلاء على الاطيان الزائده لدى احد الملاك ، فان ريع الأراضي المستولى عليها لا يكون من حق الهيئة الا من تاريخ صدور قرار الاستيلاء (١) ، وهو الوقت الذي يتحول فيه حق المستولى عليه في الريع الى فائدة على السندات طبقا لأحكام المادة ٥ التي تقرر أستحقاق الفائدة من تاريخ الاستيلاء • فاذا ظلت الارض الزائدة تحت يده بعد صدور قرار الاستيلاء ، فحينئذ تربط عليه بالايجار حتى يتم للهيئة العامة للاصلاح الزراعي تسلمها منه » (٢) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاعتراض على تنفيذ القرار الصادر من وزارة الاصلاح الزراعي بالاستيلاء على القدر الزائد عن المسموح لتملكه قانونا لا يصلح اساسا لرفع دعوى حيازة لمنع تنفيذه ، وذلك لما يترتب حتما على الحكم في هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه ، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٥ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ والمادة ١٦ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ في شأن السلطة القضائية (نقض مدني في ٩ يونيه سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٦١ صفحة ١٠٠٨) •

(٢) وقد صدر القانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٦١ (يضيف فقرة ثانية الي =

وقد قضت محكمـة النقض بأنه لا ينفى حصـول استيلاء جهة الاصـلاح الزراعى على القدر المبيع (باعتباره زائدا عن الحد الأقصى لملكية البائع) ما تمسك به الطاعن (البائع) من استمرار هذا القدر فى حيازة المطعون عليه (المشترى) ذلك انه طبقـا للمادة السـادسة من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ بتعديل قانون الاصلاح الزراعى المعدلة بالقانون رقم ١٨٥ لسـنه ١٩٦١ يتعين على واضـع اليـد على الأرض المستولى عليها ، سواء كان هو المستولى لديه او غيره أن يستمر فى وضع يده عليها ، ويعتبر مكلفا بزراعتها مقابل دفع سبعه امثال الضريبه سنويا الى الهيئة العامه للاصـلاح الزراعى حتى تقوم هذه الهيئة باسـتلامها فعلا ، وقد نص المشرع على ذلك حسـبما يبين من المذكرة الايضـاحية للقانون رقم ١٨٥ لسنه ١٩٦١ حرصا على مصلحه الانتاج القومى ، لان الهيئة المذكورة لن يتيسر لها استلام جميع الاراضى الخاضعه للاستيلاء طبقا لأحكام القانون رقم ١٢٧ لسنه ١٩٦١ بصفه فعليه قبل بدايه السنة الزراعيـة ١٩٦١ — ١٩٦٢ لاسـتغلالها بزراعتهـا على الذمة أو بتأجيرها (١) .

ولم يبح قانون سنة ١٩٦١ ، كما أباح قانون سـنة ١٩٥٢ ، للمالك أن يتصرف فى المقدار الزائد على الحد الاقصى للأولاد بما لا يجاوز مائة فدان أو الى صغار الزراع وخريجى المعاهد الزراعية بشروط خاصة على ما بينا فيما تقدم ، بل ان الحكومة تستولى على كل المقـدار الزائد على المائة فدان . والعبرة فى تحـديد هذا القدر الزائد بما يملكه الفرد وقت

= المادة السادسة من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١) وينص على ما يأتى : « يتعين على واضع اليد على الأراضى المسـتولى عليها طبقا لأحكـام هذا القانون ، سواء كان هو المسـئول لديه أو غيره ، أن يسـتمر فى وضـع يده عليها ، ويعتبر مكلفا بزراعتها مقابل سبعة امثال الضريبة يدفعها سنويا الى الهيئة العامة للاصلاح الزراعى » .

(١) نقض مدنى فى ٢ مارس سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٤٠ صفحة ٢٤٤ .

نفاذ قانون سنة ١٩٦١ (١) .

وفيما يتعلق بالتعويض الذى يعطى للمالك عما استولت عليه الحكومه من أرضه ، تنص المادة ٤ من قانون سنة ١٩٦١ على أن « يكون لمن استولت الحكومة على أرضه ، تنفيذا لأحكام هذا القانون ، الحق فى تعويض يقدر وفقا للأحكام الواردة فى هذا الشان بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنه ١٩٥٢ المشار اليه ، وبمراعاة الضريبة الساريه فى ٩ سبتمبر سنه ١٩٥٢ » . فيجب اذن الرجوع الى الماده ٥ من قانون سنة ١٩٥٢ فى تقدير التعويض ، وقد أوردنا نصها فيما تقدم (٢) . فيكون للمالك الحق فى تعويض يعادل عشرة أمثال القيمه الايجارية للأرض المستولى عليها ، مضافا اليها قيمه المنشات الثابته وغير الثابته والأشجار . وتقدر القيمة الايجاريه بسبعة أمثال الضريبه الأصليه ، واذا كانت ملكيه الرقبة لشخص وحق الانتفاع لآخر ، استحق مالك الرقبه ثلثي التعويض والمنتفع الثلث .

أما طريقة أداء التعويض ، فقد نصت المادة ٥ من قانون سنة ١٩٦١ بأن يؤدى التعويض سندات اسمية على الدولة لمدة ١٥ سنة (بدلا من ٤٠ سنة فى قانون سنة ١٩٥٢) ، وبفائدة قدرها ٤٪ (بدلا من ٣١/٢٪ فى قانون سنة ١٩٥٢) محسوبة من تاريخ الاستيلاء . ويجوز للحكومة استهلاك هذه السندات كليا أو جزئيا بالقيمة الاسمية بعد عشر سنوات (٣) . وقد ألغى هذا التعويض بموجب القانون رقم ١٠٤ لسنة

---

(١) وكان يوم ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ وهو تاريخ نشر القانون فى الجريدة الرسمية ، فلا يعتد فى تطبيق حكم الاستيلاء بتصرفات المالك اذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٠٢ .

(٣) وتنص المادة ٧ من قانون سنة ١٩٥٢ (المعدلة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٨) على انه « اذا كانت الأرض التى استولت عليها الحكومة مثقلة بحق رهن او اختصاص او امتياز ، استنزل من قيمة المستحق لصاحب الأرض ما يعادل كامل الدين المضمون بهذا الحق . وللحكومة ، اذا لم تحل محل المدين فى الدين ، أن تستبدل به سندات عليها بفائدة تعادل فائدة =

١٩٦٤ ، الا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية القانون المشار اليه (١) •

٤٠٤ — التملك لما يزيد على الحد الأقصى :

وبعد أن تمت تسوية الملكية الزراعية على أساس قانون سنة ١٩٥٢ ، ثم على أساس قانون سنة ١٩٦١ ، أصبح المالك لأرض زراعية فى الوقت الحاضر لا يجاوز ما يملكه مائة فدان وهو الحد الأقصى المقرر بقانون سنة ١٩٦١ • ولا يجوز بعد ذلك ، حتى لو استجد سبب فى المستقبل لتملك أرض زراعية ، أن يزيد ما يملكه الفرد على مائة فدان • وأسباب كسب الأرض الزراعية التى تستجد بعد فرض الحد الأقصى

= الدين ، على أن تستهلك هذه السندات فى مدة لا تزيد على أربعين سنة . واذا كان الدين ينتج فائدة سعرها يزيد على ٣٪ (اصبحت ١½٪) تحملت الحكومة الزيادة فى سعر الفائدة بعد خصم ما يوازى مصاريف التحصيل وتبعة الديون المعدومة » . ولم يرد فى قانون سنة ١٩٦١ نص يخالف هذه الأحكام ، فيجب تطبيقها فى ظل هذا القانون . فيعطى للدائنين أصحاب حق الرهن أو الاختصاص أو الامتياز سندات بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تستهلك هذه السندات فى مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة (مدة استهلاك سندات التعويض) ، وتستنزل قيمة هذه السندات من التعويض المستحق المستحق للمالك . انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ١٢ ص ٣٠ — ص ٣١ .

ولا تتحمل الحكومة بالدين الا فى حدود التعويض المستحق عن الأرض (تفسير تشريعى للجنة العليا بالقرار رقم ٤ لسنة ١٩٥٣ المادة ٢) ، ويبقى المالك مدينا بالمقدار الزائد من الدين ، وتكون أرضه الباقية له وسائر أمواله كافلة لهذا المقدار الزائد . ويجب على الدائنين اتخاذ الاجراءات المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية لقانون الاصلاح الزراعى ، فان لم يفعلوا برئت ذمة الحكومة تبلهم فى حدود ما يتم صرفه من تعويض للمالك ، ولا يبقى للدائنين الا الرجوع على المالك فى أمواله . وتتحمل الحكومة فوائد الدين من تاريخ الاستيلاء على الأرض حتى تاريخ قيام الحكومة بسداد الدين للدائن أو صرف السندات له (انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ١٢ ص ٣٠ هامش ٢) .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٠٢ ص ٦٥٥ — ص ٦٥٦ .

يراجع حكم الدستورية العليا الصادر بجلسة ٢٥ يونية سنة ١٩٨٣ فى الدعوى رقم ٣٠ لسنة ١ قضائية المنشور بمجموعة احكام تلك المحكمة الجز الثانى رقم ٢٢ صفحة ١٥٥ .

المتقــدم ذكره اما أن ترجع لارادة المالك ويتضمن ذلك العقد والأخــذ بالشفعة والاســتيلاء ، أو ترجع لواقعة مادية أو ارادة غير ارادة المالك ويتضمن ذلك الميراث والوصية والالتصاق والتقادم •

فالأسباب التى ترجع الى ارادة المالك ، ويكون من شأنها أن تزيد فى أرضه الزراعية بحيث تجاوز الحــد الأقصى ، يجب تعطيل مفعولهــا وشل ارادة المالك اذ هى مخالفة للقانون • ومن ثم نصت المادة الاولى من قانون الاصلاح الزراعى ، منذ صدور قانون ســنة ١٩٥٢ وبعد تعديله بقانون سنة ١٩٦١ ، على أن « كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ، ولا يجوز تسجيله » • والتعاقد الناقل للملكية يشمل البيع والمقايضة والهبة ، فاذا باع شخص الى آخر أرضا زراعية أو وهبة اياها ، فزادت الأرض الزراعيه التى يملكها المشترى أو الموهوب له بسبب هذا البيع أو هذه الهبة على مائة فدان ، كان البيع أو الهبة عقدا باطلا ولا يجوز تسجيله • كذلك اذا قايض شخص شخصا آخر فأعطاه أرضا زراعية واخذ منه دارا أو أعطاه أرضا زراعيه مســاحتها أكبر من الأرض الزراعية التى أخذها منه ، فترتب على المقايضة أن زادت الأرض الزراعية التى يملكها الشخص الآخر على مائه فدان ، فان المقايضة تكون باطلة ولا يجوز تسجيلها • ويستوى فى بطلان العقد النــاقل للملكية أن يكون المتصرف له مالكا قبل العقد مائة فدان فيكون ما ملكه بالعقد مقدارا زائدا على الحد الأقصى كما لو اشترى عشرين فدانا وكان يملك قبــل ذلك مائة فدان ، أو أن يكون مالكــا قبل العقد أقل من مائة فدان فكسب بالعقد ما يجعل مجموع ما يملكه أكثر من مائة فدان كما لو اشترى أربعين فدانا وكان يملك قبل العقد ثمانين فدانا • وفى الحالة الثانية يكون العقد باطلا فى الأربعين فدانا كلها لا فيما يجاوز مائة فدان فحسب ، وذلك لأن النص على البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة ، ولأن الصفقة لا تتجزأ فلا يمكن جعلها صحيحة فى عشرين فدانا على الشيوع وباطلة فى العشرين الأخرى وقد يتضرر من تجزئتها البائع أو المشترى أو كلاهما • والعقد الذى يعتبر باطلا هو العقد الذى يصدر فى تاريخ غير سابق على ٢٥ يوليه

سنة ١٩٦١ تاريخ نفاذ قانون سنة ١٩٦١ ، أو العقد غير الثابت التاريخ . أما العقد الثابت التاريخ السابق على ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ فانه يكون صحيحا ويجوز تسجيله ، فان كان من شأنه أن يجعل المتصرف له يجاوز حد النصاب الجائز تملكه ، استولت الحكومة على ما يجاوز هذا النصاب (١) .

---

(١) يجب التمييز في هذا الصدد بين حالتين : (الحالة الأولى) بيع (أو تصرف آخر ناقل للملكية) يصدر ممن يملك أكثر من مائة فدان ولو ترتب على البيع أن يصبح البائع لا يملك أكثر من مائة فدان ، فهذا البيع ان صدر في ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ أو بعد ذلك أو كان غير ثابت التاريخ فلا شك في بطلانه بصريح نص المادة ٢/٣ من قانون سنة ١٩٦١ . واذا كان البيع ثابت التاريخ قبل ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ فلا شك في صحته ووجوب الاعتداد به ، فان قانون سنة ١٩٦١ صريح في عدم الاعتداد بالتصرفات الصادرة من المالك ما لم تكن ثابتة التاريخ قبل ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ ، والمفهوم من ذلك ان هذه التصرفات الثابتة قبل ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ يعتد بها ويجوز تسجيلها . (الحالة الثانية) بيع (او اى تصرف آخر ناقل للملكية) يصدر من شخص الى شخص آخر فيجعل مجموع ما يملكه المشتري اكثر من مائة فدان ، وهذه الحالة الثانية هي التي يسرى عليها نص المادة الأولى من قانون سنة ١٩٦١ ويقضي بأن « كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله » . فان كان البيع قد صدر في ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ أو بعد ذلك او كان غير ثابت التاريخ ، فهنا ايضا لا شك في بطلان البيع بصريح نص المادة الأولى سالفة الذكر . واذا كان البيع ثابت التاريخ قبل ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ ، فقد أجمعت الآراء على أن البيع صحيح ، ثم اختلفت فيما بعد ذلك . فرأى يذهب الى ان البيع صحيح ولكن لا يجوز تسجيله ، فنفسخ لاستحالة الالتزام بنقل الملكية (انظر من هذا الرأى اسماعيل غانم فقرة ١٣ ص ٣٢ هامش ١ — حسن كيرة فقرة ٧٩ ص ٢٥٤ هامش ١) . ورأى آخر يذهب الى ان البيع صحيح ويجوز تسجيله ، ومن ثم لا ينفسخ بل يكون نافذا (انظر من هذا الرأى عثمان حسين عبد الله في شرح احكام قانون الاصلاح الزراعى في مصر سنة ١٩٥٣ ص ١١ — ص ١٣ — والمؤلف في الوسيط الجزء الرابع الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٢٠٠ ص ٤٥٥ .

ويستند الرأى الثانى الذى نقول به على المادة الأولى من قانون سنة ١٩٦١ ، فهى تنص كما رأينا على أن « كل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله » . فالبطلان هنا مستمد من النص ، وهذا النص لا يعمل به الا من يوم ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ . فكل تعاقد صحيح ثابت التاريخ قبل يوم ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ لا ينسحب عليه النص فيجعله باطلا ، والا كان للنص اثر رجعى ولم يصرح قانون سنة ١٩٦١ بأن له هذا الأثر . والمركز القانونى المراد معرفة حكمه هنا ليس هو التعاقد الذى يتم تسجيله فينقل الملكية ، بل هو مجرد « التعاقد الناقل للملكية » . =

ولكن محكمـــة النقض قضت بأن حكم البطلان الوارد فى الفقرة الثـــانية من المادة الأولى من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ لا مجال لأعماله الا بالنسبة للعقود الناقلة للملكية والتى تبرم بعد ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ تاريخ العمل بهذا القانون ويترتب عليها زيادة ملكية المتصرف اليه من الأراضى الزراعية على مائة فدان ، أما التصرفات السابقة على هذا التاريخ فان حكم هذه الفقرة لا ينسحب عليها وقد عالجها هذا القانون فى المادة الثالثة منه بحكم خاص راعى فيه عدم المساس بها متى انتفت عنها مظنة الصورية والتلاعب وهى لا تنتفى فى نظر القـــانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ الا بثبوت تاريخ التصرف قبل العمل به وهذا كله بالنســـبة الى تصرفات المالك الذى يخضع لأحكام القانون المذكور أى الذى تجاوز ملكيته مائة فدان . أما من لا يخضع لتلك الأحكام ممن لا يملكون هذا القدر فلا شأن للقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ به ولا تأثير له على تصرفاته ولو لم يثبت تاريخها قبل العمل به ، ومن ثم فاذا كان ما يملكه البائع وقت العمل بهذا القانون شاملا القدر الذى باعه للطاعن يقل عن مائة فدان ، فان عقد البيع عن ذلك القدر متى استكمل شرائط صحته وفقا للقـــانون المدنى يكون ملزما لعاقديه ولا يحول القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ دون

= فليس لنا أن نقول ــ كما قال أصحاب الرأى الأول ــ اننا امام كسب الملكية بالعقد « وهو وضع قانونى مركب ولا يتم تكوينه الا بتوافر عنصرين : انعقاد العقد صحيحا من ناحية وتسجيله من ناحية أخرى » . والصحيح فى نظرنا اننا أمام وضـــع قانونى بســـيط وهو « مجرد التعاقد النـــاقل للملكيـــة » . والتسجيل يأتى بعد ذلك ، فان كان هذا التعاقد صحيحا وجب تسجيله اذا طلب صاحب الشأن ذلك . أما الذى لا يجوز تسجيله فى أحكام قانون ســـنة ١٩٦١ فهو التعاقد الصادر فى ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ أو بعد ذلك أو التعاقد غير الثابت التـــاريخ ، اذ أن هذا هو التعـــاقد البـــاطل ، ومن ثم لا يجـــوز تسجيله .

ويترتب على ما قدمنا أنه لو أن شخصا يملك ١٢٠ فدانا باع الى شخص آخر يملك ١٠٠ فدان مقدار ٢٠ فدانا من أرضه بعقد بيع ثابت التاريخ قبل ٢٥ يوليه سنة ١٩٦١ ، فان البيع يكون صـــحيحا ويجوز تسجيله . وتنتقل ملكية العشرين فدانا الى المشترى فيصبح ما يملكه ١٢٠ فدانا ، وتســـتولى الحكومة على العشرين فدانا عنده هو لا عند البائع .

تسجيله ولو كان غير ثابت التاريخ قبل العمل به حتى اذا كان من شأنه أن يجعل المشترى الطاعن مالكا لأكثر من مائة فدان لأن الزيادة تخضع لأحكام الاستيلاء المقررة فى القانون ويجرى الاستيلاء عليها لديه وليس فى اعتبار التصرف فى هذه الحالة صحيحا ونافذا ما يتعارض مع قاعدة تحديد الملكية الزراعية بما لا تجاوز مائة فدان ما دام الاستيلاء سيقع فى النهاية على ما يزيد على هذا القدر لدى المتصرف اليه ، وللمتصرف اليه أن يحتفظ بالقدر المبيع ضمن المائة فدان التى يجوز له تملكها فلا تستولى جهة الاصلاح الزراعى على شيء من هذا القدر أو تترك بعضه للاستيلاء فيما يسلم زائدا على المائة فدان التى احتفظ بهـــا • ومتى كان صـــدور القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ لا يحول دون تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية الأرض المبيعة الى الطاعن لأن تســجيل العقد ما زال ممكنـــا بعد صدور هذا القانون فان طلب الطاعن فسخ العقد تأسسا على أنه يعتبر باطلا طبقـــا للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون ســـالف الذكر ولا يجوز تسجيله وعلى قيام اســـتحالة قانونية تمنع من تنفيذ البـــائع التزامه بنقل الملكية ، هذا الطلب يكون منعدم الأساس القانونى (١) •

وكالتعاقد الناقل للملكية الأخذ بالشفعة،فلايجوز لشخص أن يأخذ بالشفعة أرضا زراعية من شأنها أن تجعل مجموع ما يملكه من الأراضى الزراعية أكثر من مائة فدان (٢) • كذلك لا يجوز للشـــخص أن يملك

---

(١) نقض مدنى فى ٣ يوليه سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ١٨٦ صفحة ١٢٣٩ •

(٢) نقض مدنى فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة احكام النقض السنة ٨ رقم ٨٨ صفحة ٧٩٨ •

وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة السادسة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ الخاص بتعيين حد اقصى لملكيـــة الأسرة والفرد فى الأراضى الزراعية وما فى حكمها ، على عدم الاعتداد فى تطبيق هذا القانون بتصرفات الملاك السابقة ما لم تكن ثابتة التـــاريخ قبل تاريخ العمل به ، انمـــا هو نص خاص وضعه المشرع لمعالجة حالة خاصة ، هى حالة التصرفات الصادرة من الملاك قبل العمل بهذا التشريع رغبة منه فى استقرار المعاملات ولتقديره ان التصرفات التى تمت بعقود ثابتة قبل العمل به انتفى عنها شبه الصورية =

بالاستيلاء — عندما كان ذلك جائزا — أرضا مباحة بحيث يصبح مالكا لأكثر من مائة فدان ، اذ الاستيلاء يقوم على نية التملك أو على ارادة المستولى فلا يكون لهذه الارادة الباطلة أثر •

وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ على أنه لا يجوز لأى فرد أن يمتلك من الأراضى الزراعية وما فى حكمها ••• أكثر من خمسين فدانا ••• وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز شهره ، مفاده اتصال هذا الحظر بالنظام العام ، يسرى حكمه بأثر مباشر على كل من يمتلك وقت العمل بهذا القانون أرضا زراعية تتجاوز القدر المسموح به كما يسرى هذا الحظر على المستقبل ويكون على المحكمة ان تعمله من تلقاء نفسها ، كما يجوز لكل ذى مصلحة ان يتمسك به ، فمتى تبين ان الحكم بالشفعة يؤدى الى تملك الشفيع لأكثر من خمسين فدانا ، فان الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى اليه من أن الحكم بالشفعة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة المشار اليها ، ذلك ان حكم الشفعة وان كان سببا مستقلا لكسب الملكية الا أنه يأخذ حكم العقد ، لأن الملكية من هذه الحالة تكتسب بعمل ارادى من جانب الشفيع وهو ما هدف المشرع الى تجريمه بالمادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ وأكده فى المادة السابعة منه حين عرض لتسوية الأوضاع المترتبة على زيادة الملكية عن الحد الأقصى المقرر قانونا بسبب الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طرق التعاقد (١) •

= والتحايل على القانون وعلى أساس هذا التقدير قرر الاعتداد بها استثناء مواجهة جهة الاصلاح الزراعى ، واذ جاء هذا الاستثناء مقصورا على التصرفات الثابتة التاريخ قبل العمل بالقانون المذكور فان الحكم المطعون فيه ، اذ قضى برفض دعوى الطاعن بالشفعة لأن ملكيته للأراضى الزراعية سوف تزيد على الحد الأقصى المقرر قانونا ، ولم يعتد بالتصرف الصادر منه لقيامه بعد العمل به ، لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٣١٨ صفحة ١٧٣٣) •

(١) نقض مدنى فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٣١٨ صفحة ١٧٣٣) •

والأسـباب التى لا ترجع الى ارادة المالك هى كما قدمنا الميراث والوصية والالتصاق والتقادم . فاذا كان الشخص يملك مائة فدان أو أقل ، ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التقادم ، فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائة فدان ، صح التملك ، ولكن تستولى الحكومة على المقدار الزائد على المائة فدان (١) . وقد منح المالك سنة يستطيع فيها أن يتصرف فى المقدار الزائد على المـائة فدان ، واشترطت المادة ٢ من قانون سنة ١٩٦١ (على خـلاف قانون سنة ١٩٥٢) أن يصـدر التصرف الى صـغار الزراع الذين يصـدر بتعريفهم وبشروط التصرف اليهم قرار من الهيئة العامة للاصـلاح الزراعى . فاذا انقضت السـنة ، وبقى عند المالك ما يزيد على مائة فدان ، استولت الحكومة على المقدار الزائد (٢) .

٤٠٥ — الحد الأقصى لتملك الأسرة للأرض الزراعية :

لم يضع قانون سنة ١٩٥٢ حدا أقصى لتملك الأسرة للأرض الزراعية . فكان يجوز أن تملك الأسرة الواحدة أكثر من مائتى فدان بشرط ألا يملك واحد من أفرادها أكثر من مائتى فدان . والمقصود بالأسرة هنا الزوج والزوجة والأولاد القصر ، أما الأولاد البالغون سن الرشد فلا يحسبون ضمن أفراد الأسرة بهذا المعنى الضيق ، اذ أن من بلغ سن الرشد تصبح

---

(١) انظر فى كل ما تقدم الوسـيط الجزء الرابع ، الطبعة الثـانية المنقحة فقرة ١٩٩ — فقرة ٢٠١ .

(٢) وقد نصت فى هذا المعنى المادة ٢ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ (المعدلة بالقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٦١) على انه « اذا زادت ملكية الفرد عن القدر الجائز تملكه قانونا بسبب الميراث او الوصية او غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التعاقد ، كان للمالك ان يتصرف فى القدر الزائد خلال سنة من تاريخ تملكه ، على ان يتم التصرف فى هذا القدر الى صـغار الزراع الذين يصدر بتعريفهم وبشروط التصرف اليهم قرار من الهيئة العامة للاصلاح الزراعى . وتسـتولى الحكومة على الأطيـان الزائدة نظير التعويض الذى يحدد طبقا لأحكام هذا القانون ، اذا لم يتصرف المالك خلال المدة المذكورة او تصرف على خلاف احكام هذه المادة . وتسرى احكام هذه المادة بالنسبة للملكية التى تؤول الى الشخص بالميراث او الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التعاقد بعد العمل بهذا القانون » .

نه شخصية مستقلة وله حق التصرف فى أمواله فلا تكون هذه الأموال تحت تصرف أبيه ، ويصلح هو بدوره أن يكون رب أسرة . وعلى ذلك كان يجوز لأسرة مكونة من زوج وزوجة وثلاثة أولاد قصر ، فى ظل قانون سنة ١٩٥٢ ، أن يملكوا ألف فدان ، اذ يجوز لكل من هؤلاء الخمسة أن يملك مائتى فدان . ومن أجل ذلك صدر القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ يضيف النص الآتى الى المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٢ : « لا يجوز أن تزيد على ثلثمائة فدان من تلك الأراضى جملة ما يمتلكه شخص هو وزوجه وأولاده القصر ، اذا آلت الزيادة اليهم أو الى بعضهم بطريق التعاقد ، على ألا يسرى هذا الحظر على الحالات التى تمت قبل العمل بهذا القانون » .

والنص الجديد يميز بين حالتين :

(الحالة الأولى) اذا زاد مجموع ما تملكه أفراد الأسرة على ٣٠٠ فدان عن طريق التعاقد معهم أو مع بعضهم . مثل ذلك أن يبيع الزوج لزوجته أو لأحد أولاده بعض أرضه حتى يكون الباقى عنده أقل من ٢٠٠ فدان ، ويشترى هو بعد ذلك ما يكمل أرضه الى مائتى فدان ، فيزيد مجموع ما تملك الأسرة من الأرض الزراعية على ثلثمائة فدان بمقدار ما اشتراه الزوج أخيرا . فتكون الزيادة آلت فى هذه الحالة عن طريق التعاقد ، وفيها مظنة التحايل . ومثل ذلك أيضا أن يكون مجموع ما تملكه الأسرة وهى مكونة من زوج وزوجة وثلاثة أولاد قصر ستمائة فدان ، للزوج مائتان ولكل من الزوجة والأولاد الثلاثة مائة فدان ، فيشترى الزوج مائة فدان باسم كل من الزوجة والأولاد ، فلا يزيد ما يملك أى فرد من أفراد الأسرة على مائتى فدان ، ولكن مجموع ما تملكه الأسرة يصبح ألف فدان . فاذا كانت عقود البيع تالية لنفاذ قانون سنة ١٩٥٨ (١) أو كانت غير ثابتة التاريخ ، فانها تكون عقودا باطلة ولا يجوز تسجيلها . أما اذا كانت هذه العقود ثابتة

(١) أصبح قانون سنة ١٩٥٨ نافذا فى ٢٩ ابريل سنة ١٩٥٨ تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

التاريخ قبل نفاذ قانون سنة ١٩٥٨ ، فانها تكون عقودا صحيحة ويجوز تسجيلها ، لأن قانون سنة ١٩٥٨ ليس له أثر رجعي ، بل هو قد نص صراحة على عدم رجعيته اذ يقول كما رأينا : « على ألا يسرى هذا الحظر على الحالات التى تمت قبل العمل بهذا القانون » . وكالعقود الناقلة للملكية الأخذ بالشفعة اذا ترتب على الأخذ بها ان يزيد مجموع ما يملكه أفراد الأسرة على ثلثمائة فدان ، ولو لم يترتب على الأخذ بالشفعة أن يزيد ما يملك كل فرد على مائتى فدان .

(الحالة الثانية) اذا زاد مجموع ما يملكه أفراد الأسرة على ٣٠٠ فدان عن غير طريق التعاقد . مثل ذلك أن يملك الزوج مائة فدان ، وكل من الزوجة والأولاد الثلاثة القصر خمسين فدانا ، ثم يرث الزوج أو الزوجة أو أحد الأولاد ، أو يوصى له ، أو يملك بالتقادم ، أرضا زراعية أخرى ، فيزيد بذلك مجموع ما يملكه أفراد الأسرة على ثلثمائة فدان . فى هذه الحالة يكون تملك الزيادة صحيحا لأنه آت عن غير طريق التعاقد أو الشفعة ، بشرط ألا يملك أى فرد من أفراد الأسرة أكثر من مائتى فدان ، فاذا زاد ما يملكه أى فرد على هذا المقدار استولت الحكومة على الزيادة .

ويلاحظ أخيرا أن الحالات التى تمت قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٨ لا يسرى عليها هذا الحظر ، كما صرح بذلك قانون سنة ١٩٥٨ فيما رأينا . فاذا كان مجموع ما يملكه أفراد الأسرة قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٨ يزيد على ثلثمائة فدان ، بأن كان الزوج يملك مثلا مائتى فدان وكل من الزوجة والأولاد القصر الثلاثة مائتى فدان ، فان مجموع ما تملكه الأسرة فى هذا الفرض يكون ألف فدان ، وقد ثبتت هذه الملكية قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٨ ، فيقرون عليها ، ولا تستولى الحكومة على القدر الزائد على ثلثمائة فدان .

وقد اقتصر القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٨ على ادماج حكمه فى نص المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٢ . وصدر بعد ذلك قانون سنة ١٩٦١ ينص على أن يستبدل بنص المادة الأولى من قانون سنة ١٩٥٢ نص

جديد ، يقضي بجعل الحـد الأقصى لملكية الفرد مائة فدان كما سـبق القول . وأغفل ادماج الحـد الأقصى لمجموع ما تملكه الأسرة في أي نص من نصـوص قانون سـنة ١٩٥٢ ، فأصبح كل من هذا القـانون وقانون سنة ١٩٦١ خلوا من أي نص يقيد مجموع ما تملكه الأسرة من الأراضي الزراعية بحد أقصى . وعلى ذلك فلا يكون هنـاك حد أقصى لمجموع ما تملكه الأسرة من الأراضي الزراعيـة ، اذا كان ما يملكه كل فرد منها لا يزيد على مائة فدان . فلو أن الزوج يملك مائة فدان ، ويملك مائة فدان كل من الزوجة والأولاد القصر الثلاثة ، صـح ذلك ، اذ أن ملكية كل فرد من أفراد الأسرة لا تزيد على مائة فدان ، وان كان مجموع ما يملكه أفراد الأسرة خمسمائة فدان (١) .

٤٠٥ مكرر — الحد الأقصى لتملك الفرد والأسرة للأرض الزراعية وفقا لأحكام القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ :

خفض المشرع الحد الأقصى لملكية الأراضي الزراعية الى خمسين

---

(١) كذلك يصـح ، اذا كان كل من الزوج والزوجة والأولاد الثـلاثة القصر لا يملك الا خمسين فدانا ، أن يشتري أي منهم أو كلهم أراضي زراعية أخرى لا تجعل احدا منهم يزيد مجموع ما يملكـه على مائة فدان ، وان زاد ما يملكه الجميع على ثلثمائة فدان .

انظر في ان عدم تعيين حد أقصى لمجموع ما تملكه الأسرة جاء سـهوا لا عمدا اسماعيل غانم فقرة ٩ ص ٢٢ هامش ١ — وانظر أيضا حسن كيرة فقرة ٧٩ ص ٢٦٢ ويقول : « ثم اختفى هذا الحكم من هذه المادة عند اعادة صياغتها بمقتضى القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ ، ورغم أن الغالب ان هذا الاختفاء كان وليد السهو البحت ، فان الأصول القانونية السـليمة تقضي باعتبار هذا الحكم منسوخا . ومعنى ذلك انه منذ نفاذ القـانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ لم يعد هناك حد أقصى لجملة ما يمتلكه الشخص وزوجه وأولاده القصر ، فيجوز أن تزيد على ثلثمائة فدان ولو تمت الزيادة عن طريق العقد ، طالما ان كلا منهم على حدة يمتلك اكثر من النصـاب المشروع للفرد وهو مائة فدان » . وانظر أيضـا في ان المشرع قد الغى الحد الأقصى لما تملكـه الأسرة : منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ ص ٤٥ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١ ص ٤٧ — ص ٤٨ .

على أنه قد قيل ان جعل نصاب الأسرة هو نفس نصاب الفرد ، أي مائة فدان ، أمر منتظر وتوعه « خلال مرحلة السنوات الثماني القادمة أي في سنة ١٩٧٠ » .

فدانا بالنسبة للفرد والى مائة فدان بالنسبة للأسرة ، فنص فى المادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ على ما يأتى :

« لا يجوز لأى فرد أن يتملك من الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الاراضى البور والصحراوية أكثر من خمسين فدانا ، كما لا يجوز أن تزيد على مائة فدان من تلك الأراضى جملة ما تمتلكه الأسرة وذلك مع مراعاة حكم الفترة السابقة • وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز شهره » •

وأوضحت المادة الثانية من هذا القانون مدلول الأسرة فى مفهوم أحكامه فنصت على انه « فى تطبيق أحكام هذا القانون تشمل الأسرة الزوج والزوجة والأولاد القصر — ولو كانوا متزوجين — وذلك بمراعاة القواعد الآتية : (أ) يحسب ضمن أسرة الزوج أولاده القصر من زواج سابق • (ب) اذا كان الزوج متوفيا فتعتبر زوجته وأولادها القصر منه أسرة قائمة بذاتها ما لم تكن الزوجة قد تزوجت بعده فيعتبر هؤلاء الأولاد القصر مكونين لأسرة مستقلة • وتحسب ملكية الأسرة عند تطبيق أحكام هذا القانون على أساس الحالة المدنية للأفراد التى كانوا عليها فى يوم ٢٣ يوليو سنة ١٩٦٩ (تاريخ العمل بهذا القانون) كما لا يعتد بالزواج الا اذا كان بوثيقة رسمية حتى هذا التاريخ » •

وأوجبت المادة الثالثة من ذات القانون على كل فرد أو أسرة تتجاوز ملكيته أو ملكيتها الحد الأقصى سالف الذكر فى تاريخ العمل بالقانون أى فى يوم ٢٣ يوليو سنة ١٩٦٩ ، أن يقدم على النموذج المعد لذلك اقرارا عن ملكيته أو ملكية الأسرة الى الهيئة العامة للاصلاح الزراعى فى المواعيد التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون • واعتبرت الزوج أو الزوجة أو الولى أو الوصى على الأولاد القصر هو المسئول قانونا عن الأسرة بحسب الأحوال فى تقديم الاقرار (١) •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض أو النص فى المواد الأولى والثالثة والرابعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ بتعيين حد اقصى للملكية الأسرة =

وقد أجازت المادة الرابعة من القانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩ للفرد الذي تجاوزت ملكيته الخمسين فدانا ، أن يتصرف في القدر الزائد بموجب تصرفات ثابتة التاريخ خلال ستة شهور من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون في ٢٣ يوليو سنة ١٩٦٩ ، كما يجوز لأفراد الأسرة التي تجاوزت ملكيتها المائة فدان أن يوفقوا أوضاعهم في نطاق الحد الأقصى لملكية الأسرة بموجب تصرفات ثابتة التاريخ خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بأحكام القانون وعلى ألا تزيد ملكية أى فرد بالأسرة على خمسين فدانا • وأوجبت على أفراد الأسرة ان يقدموا اقرارا الى الهيئة العامة للاصلاح الزراعي بما تم من تصرفات وتوفيق لأوضاعهم (١) •

= والفرد في الأراضي الزراعية الصادر في ١٩٦٩/٨/١٦ والمعمول به اعتبار من ١٩٦٩/٧/٢٢ ، يدل — وعلى ما صرحت به المذكرة الايضاحية للقانون — على ان المشرع في سبيل القضاء على الاقطاع واعادة توزيع الملكية الزراعية على أساس عادل سليم اتجه الى توسيع قاعدة الملكية الزراعية وتقريب الفوارق بين الطبقات بأن حدد ملكية الفرد بخمسين فدانا من الأراضي الزراعية وما في حكمها من الأراضي البور والصحراوية ، وحدد ملكية الأسرة بمائة فدان من هذه الأراضي بشرط الا تزيد ملكية اى من افرادها على خمسين فدانا ايضا ، ووضع جزاء على مخالفة هذا الحد الأقصى للملكية في الحالتين بالنص على اعتبار كل عقد تترتب عليه زيادة ملكية الفرد او الاسرة على هذا الحد الأقصى للملكية في تاريخ العمل بهذا القانون ان يقوم هو او المسئول عن الأسرة الى الهيئة العامة للاصلاح الزراعي اقرارا عن ملكيته في ذلك التاريخ على الانموذج الخاص المعد لذلك خلال المواعيد ووفقا للشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية ويتضمن هذا الاقرار بيان الأراضي التي يرغب الفرد او الأسرة الاحتفاظ بها في حدود الحد الأقصى المقرر للملكية ، وبيان الأراضي الزائدة التي تكون محلا للاستيلاء ، وتناولت المادة الرابعة كيفية تسوية اوضاع الأسرة في نطاق الحد الأقصى للملكية التي يرخص لها في الاحتفاظ بها ، وتتم هذه التسوية بموجب تصرفات ثابتة التاريخ خلال ستة شهور من تاريخ العمل بالقانون في ١٩٦٩/٧/٢٣ (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٨١ صفحة ٣٧٦) •

(١) وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأن المادة الرابعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ قد نصت على انه « يجوز لافراد الأسرة التي تجاوز ملكيتها او ملكية احد افرادها الحد الأقصى المنصوص عليه في المادة الأولى ان يوفقوا اوضاعهم في نطاق ملكية المائة فدان التي يجوز للأسرة تملكها بالطريقة التي يرتضونها بموجب تصرفات ثابتة التاريخ خلال ستة شهور من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون وعلى الا تزيد ملكية اى فرد منهم على =

وإذا زادت ملكية الفرد أو الأسرة عن الحد الأقصى لملكية الأراضى الزراعية بعد العمل بهذا القانون بسبب الميراث أو الوصية أو بأى طريق آخر من طرق كسب الملكية أو بسبب الزواج أو الطلاق ، جاز للفرد أو الأسرة التصرف فى القدر الزائد بتصرفات ثابتة التاريخ خلال سنة من تاريخ حدوث الزيادة وأن يوفق أفراد الأسرة أوضاعهم فى نطاق ملكية المائه فدان خلال السنة المشار اليها (المادة السابعة من القانون) (١) .

= خمسين فدانا . ويتعين على أفراد الأسرة أن يتقدموا الى الهيئة العامة للاصلاح الزراعى خلال الستة شهور المشار اليها اقرارا عن ملكية الأسرة متضمنا البيانات الآتية : (أ) بيان ملكية كل فرد من أفراد الاسرة فى تاريخ العمل بهذا القانون (ب) بيان المائة فدان التى انعقد رأيهم على الاحتفاظ بها وتحديد مساحة الأراضى الزائدة الخاضعة للاستيلاء (جـ) بيان ما صارت اليه ملكية كل منهم فى نطاق المائة فدان المحتفظ بها طبقا للتصرفات المنصوص عليها فى الفترة السابقة وبما لا تتجاوز معه ملكية أى فرد منهم الخمسين فدانا » كما نصت المادة الخامسة على أنه « اذا لم يتم التراضى بين أفراد الأسرة — خلال المدة المحددة لتقديم الاقرار المشار اليه فى المادة السابقة — على توفيق أوضاعهم فى نطاق المائة فدان التى يجوز للأسرة تملكها ، تستولى الحكومة أولا على ما يجاوز الحد الأقصى للملكية الفردية لدى كل من توجد لديه منهم هذه الزيادة .... » ، ومفاد ذلك ان القانون رتب على عدم مراعاة ما تطلبه من اجراءات ومواعيد ، قيام الحكومة بالاستيلاء على الأرض الزائدة عن حد الاحتفاظ بملكية الفرد ، ولاينهض المرض عذرا يشكل مانعا من تنفيذ ما تطلبه القانون سواء بنفسها أو عن طريق وكيل عنها (ادارية عليا فى ١١ مايو سنة ١٩٨٣ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا السنة ٢٧ صفحة ٥٥٥) .

(١) وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأن المادة السابعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ اجازت للمالك الحق فى التصرف فى الزيادة الطارئة على قدر الاحتفاظ خلال سنة من تاريخ تملكه لها بشرط توافر أمرين :
١ — أن تكون الزيادة الطارئة بعد العمل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ .
٢ — أن تكون الزيادة الطارئة على ملكية الفرد أو الأسرة بغير طريق التعاقد كالميراث أو الوصية . فاذا بنفى شخص ملكية القدر الزائد عن طريق عقد بيع ابرم فى سنة ١٩٥٤ ولم تفصل اللجنة القضائية للاصلاح الزراعى فى شأن النزاع على ملكية هذا القدر الزائد الا بعد صدور القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ، فان رخصة التصرف فيه لا تسرى بشأنه لان قرار اللجنة القضائية كاشفا عن الحق وليس منشىء له ومن ثم فان سند ملكية القدر الزائد هو عقد شرائه فى سنة ١٩٥٤ (ادارية عليا فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٨٤ مجموعة المبادىء التى قررتها المحكمة الادارية العليا السنة ٢٩ صفحة ٢٧١) .

فاذا لم يتصرف الفرد أو أفراد الأسرة فى القدر الزائد من ملكيتهم للاراضى الزراعية عن الحد الاقصى أو لم يتم التراضى بينهم على توفيق أوضاعهم فى الأسرة فى نطاق المائة فدان التى يجـوز للأسرة تملكها •

استولت الحكومة على ما يجاوز الحد الأقصى للملكية الفردية لدى كل فرد ثم تستولى بعد ذلك على مقدار الزيادة فى ملكيه الأسرة لدى جميع افراد الأسرة بنسبة ما يملكه كل منهم بعد الاسـتيلاء الاول وذلك فى خلال سنتين من تاريخ العمل بهـذا القـانون (المـادتين ٥ و ٦ من القانون) •

وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه زيادة ملكية الفرد أو الاسرة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ولا يجوز شهره كمـا نصت على ذلك صراحة الفقرة الاخيرة من المادة الأولى من هذا القانون •

وقد أوضح القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ كيفية تعويض المستولى على أطيانه الزراعيه الزائدة عن الحد الأقصى فنص فى المادة التاسعة على أن «يكون لمن تستولى الحكومة على أرضه — وفقا لأحكام هذا القانون — الحق فى تعويض نقدى يعادل سبعين مثل الضريبة العقـارية المربوطة بها الأرض فى تاريخ الاسـتيلاء الاعتبارى عليها مضـافا اليه قيمـة المنشآت والالات الثابتة وغير الثابتة والأشجار الكائنة بها مقدرة كلها وفقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المشار اليه ، فاذا كانت الأرض غير مربوطة بضريبـة عقـارية لبوارها أو كانت مربوطة بضريبة عقارية لا تجاوز فئتها جنيها واحدا يتم تقدير ثمنهـا بمعرفة اللجنة العليا لتقدير أثمان أراضى الدولة ، ويعتبر هذا التقدير نهائيـا فور أعتماده من مجلس ادارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى » • ثم نص فى المادة العاشرة على أن « يؤدى التعويض النقدى المشار اليه فى المادة السابقة الى المستولى لديه على عشر أقساط سنويا تبدأ من تاريخ انقضـاء سنة زراعيـة كاملة على تاريخ التسـليم الفعلى للأرض — ولا تستحق أية فوائد عن هذا التعويض » •

٤٠٦ — توزيع الأراضي المستولى عليها على صغار الفلاحين :

لم يعرض قانون سنة ١٩٦١ لهذه المسألة . وعلى هذا تبقى نصوص قانون سنة ١٩٥٢ والقوانين التي عدلتها معمولا بها في هذا الصدد . وأهم هذه النصوص هي ما يأتي :

تنص المادة ٩ من قانون سنة ١٩٥٢ على أن « توزع الأرض المستولى عليها في كل قرية على صغار الفلاحين ، بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعا لجودة الأرض . ويشترط فيمن توزع عليه الأرض : (أ) أن يكون مصريا بالغا سن الرشد ، لم يصدر ضده حكم في جريمة مخلة بالشرف . (ب) أن تكون حرفته الزراعة . (جـ) أن يقل ما يملكه من الأرض الزراعية عن خمسة أفدنة (١) . وتكون الأولوية لمن كان يزرع الأرض فعلا مستأجرا أو مزارعا ، ثم لمن هو أكثر عائلة من أهل القرية ، ثم لمن هو أقل مالا منهم ، ثم لغير أهل القرية . ولا يجوز أخذ الأراضي الزراعية التي توزع بالشفعة » . وتنص المادة ١٠ على أنه « استثناء من حكم المادة السابقة توزع الأرض المخصصة للحدائق على خريجي المعاهد الزراعية بعد تجزئتها على صورة لا تخل بحسن الاستغلال ، بحيث لا تزيد القطعة على عشرين فدانا . ويشترط في خريج المعهد الذي

---

(١) وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٠ معدلا بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٩ قد نص على الاعتداد بتصرفات الملاك الخاضعين لأي من قوانين الاصلاح الزراعي الرقيمة ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ و ١٢٧ لسنة ١٩٦١ و ١٥ لسنة ١٩٦٣ و ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ولو لم تكن ثابتة التاريخ قبل العمل به متى توافر الشرطان الآتيان : ١ — أن يكون المالك قد اثبت التصرف في الاقرار المقدم منه الى الهيئة العامة للاصلاح الزراعي تنفيذا لأحكام أي من هذه القوانين او كان المتصرف اليه قد اثبت التصرف في الاقرار المقدم منه الى الهيئة تنفيذا للقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ او أن يكون التصرف قد رفعت بشأنه منازعة أمام اللجان القضائية قبل ١٩٧٧/١٢/٣١ . ٢ — الا تزيد مساحة الأرض موضوع كل تصرف على حده على خمسة افدنة . وهذه القاعدة تسري على التصرف بعقد واحد لعدة مشترين يخص كل منهم في العقد مساحة تقل عن خمسة افدنة (ادارية عليا في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٨٢ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا السنة ٢٨ صفحة ٣٥٢) .

توزع عليه الحدائق ألا يزيد ما يملكه من الأرض الزراعيـة على عشرة أفدنة » (١) .

أما عن الثمن الذى يدفعه صغار الفلاحين للأرض التى توزع عليهم ، فقد نصت المادة ١١ (المعدلة بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٨) على أن « يقدر ثمن الأرض الموزعة بمبلغ التعويض الذى أدته الحكومة فى سبيل الاستيلاء عليها مضافا اليه ما يأتى : ١ — فائدة سنوية سعرها ١,٥٪ ٢ — مبلغ اجمـالى قدره ١٠٪ من ثمنهـا فى مقابل نفقـات الاستيلاء والتوزيع والنفقات الأخرى . ويؤدى مجموع الثمن أقساطا سنوية متساوية فى مدى أربعين عاما » . وقد أضيفت الى المادة ١١ عدة فقرات بالقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٥٩ ، أجيز بهـا لمجلس ادارة الهيئة العامة للاصـلاح الزراعى ، اذا رأى أن ثمن الأرض ، مقـدرا بحسب التعويض المستحق للمالك ، لا يتناسب مع غلتها الحقيقية ، أن يقـدر الثمن على أساس الغلة . وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٢٨ لسـنة ١٩٦١ يقضى بأن يخفض الى النصف ما لم يؤد من ثمن الأرض الموزعة أو التى توزع على صغار الفلاحين ، كما تخفض الفوائد المستحقة الى النصف .

وأما عن كيفية التوزيع ، فتنص المادة ١٣ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٨ لسـنة ١٩٥٢) على أن « تشكل لجـان فرعية تقـوم بعمليـات

---

(١) وقد اضاف القانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ الى قانون سنة ١٩٥٢ المادة ١٠ مكررة (وعدلت بالقانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ٢٤٥ لسنة ١٩٥٥) ، وتنص على انه « يجوز للجنة العليا ان تحتفظ بجـزء من الأرض المسـتولى عليهـا لتنفيذ مشروعات أو لاقامة منشآت ذات منفعـة عامة ، وذلك بناء على طلب المصالح الحكومية أو غيرها من الهيئات العامة . ويجوز تأجيل التوزيع فى المناطق التى تحددها اللجنة العليا اذا اقتضت ذلك مصـلحة الانتاج القومى . ومع ذلك يجوز للجنـة العليا ان تبيع للأفراد ، بالثمن وبالشروط التى تراها ، أجزاء من الأرض المستولى عليها اذا اقتضت ذلك ظروف التوزيع أو مصلحة الاقتصاد القومى أو اى نفع عام . كما يجوز للجنة العليا أن تستبدل أجزاء من الأراضى المستولى عليها بأراض أخرى ، ولو كان البدل فى مقابل معدل نقدى أو عينى عند اختلاف قيمة البدلين » .

الاستيلاء ، وحصر الأراضي المستولى عليها ، وتجميعها عند الاقتضاء ، وتوزيعها على صغار الفلاحين • ويصدر مرسـوم بناء على طلب وزير الزراعة بكيفية تشكيل هذه اللجان ، وتنظيم العلاقات بينها وبين اللجنة العليـا ، وبيان الاجراءات والأوضاع الواجب اتبـاعها فى عمليـات الاسـتيلاء ، وتقدير قيمة المنشـآت والآلات الثـابتة وغير الثـابتة والأشـجار ، والتوزيع ، وما يجب اتخاذه من التدابير لمواجهـة فترة الانتقـال ما بين الاستيلاء والتـوزيع » • وتقضى المادة ١٣ مكـررة (والمضافة بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٣ والمعدلة بالقانون رقم ٢٢٥ لسنة ١٩٥٣) بأن « تعتبر الحكومة مالكة للأرض المستولى عليها بقرار الاستيلاء النهائى وذلك من تاريخ قرار الاسـتيلاء الأول ، ويصـبح العقار خالصا من جميع الحقوق العينية ، وكل منازعة من أولى الشـأن تنتقل الى التعويض المستحق عن الأطيان المستولى عليها ، وتفصل فيها جهات الاختصاص » • وتنص المادة ١٤ على أن « تسلم الأرض لمن آلت اليه من صـغار الفلاحين خالية من الديون ومن حقوق المسـتأجرين ، وتسـجل باسم صاحبها دون رسوم • ويجب على صـاحب الأرض أن يقوم على زراعتها ، وأن يبذل فى عمله العناية الواجبة » (١) • وتنص

---

(١) وقد اضـاف القانون رقم ٥٥٤ لسـنة ١٩٥٥ الفقرتين الثـالثة والرابعة الى المادة ١٤ ، فنص على ما يأتى : « واذا تخلف من تسلم الأرض عن الوفاء بأحد التزاماته المنصوص عليها فى الفقرة السابقة ، أو تسبب فى تعطيل قيام الجمعية التعاونية بالأعمال المنصوص عليها فى المادة ، أو اخل بأى التزام جوهرى آخر يقضى به العقد أو القـانون ، حقق الموضـــوع بواسطة لجنة تشكل من نائب بمجلس الدولة رئيسا ومن عضوين من مديرى الادارات بالهيئة التنفيذية للاصلاح الزراعى • ولها ، بعد سـماع أقوال أصحاب الشأن ، أن تصدر قرارا مسببا بالغاء القرار الصادر بتوزيع الأرض عليه واستردادها منه ، واعتباره مستأجرا لها من تاريخ تسليمها اليه ، وذلك كله اذا لم تكن قد مضت خمس سـنوات على ابرام العقد النهائى • ويبلغ القرار اليه بالطريق الادارى قبل عرضه على اللجنة العليا بخمسـة عشر يوما على الأقل ، ولا يصبح نهائيا الا بعد تصديق اللجنة العليا عليه • ولها تعديله أو الغاؤه • ولها كذلك الاعفاء من أداء الفرق بين ما حل من أقسـاط الثمن وبين الأجرة المستحقة • وينفذ قرارها بالطريق الادارى • واستثناء من أحكام قانون مجلس الدولة وقانون نظام القضاء ، لا يجوز الطعن بالغاء القرار سالف الذكر أو وقف تنفيذه أو التعويض عنه »

الفقرة الأولى من المادة ١٦ على أنه « لا يجــوز لصــاحب الأرض ، ولا للورثة من بعده ، التصرف فيها قبل الوفاء بثمنها كاملا • ولا يجوز قبل هذا الوفاء نزع ملكيتها سدادا لدين ، الا أن يكون دينا للحكومة أو دينا لبنك التسليف الزراعي والتعاوني أو للجمعية التعاونية » •

٤٠٦ مكرر — توزيع الأطيان الزراعية المستولى عليها طبقا لأحكام القانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩ :

وقد حرص المشرع في القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ على أن يورد أحكام تأجير وتوزيع وبيع الأطيان الزراعية المستولى عليها • فنص في المادة الحادية عشر ما يأتي :

« اذا كانت الأرض المستولى عليها مؤجرة الى الغير — في تاريخ الاســتيلاء الاعتبــارى عليهــا — بموجب عقود ايجــار مودعة لدى الجمعيات التعاونية الزراعية المختصــة وفقا للقــانون ، جاز للهيئــة العــامة للاصلاح الزراعى أن تستمر في تأجيرها الى واضعى اليد عليها أو أن تؤجرها الى مســتأجرين جدد طبقــا للشروط والأوضــاع التى يقررها مجلس ادارتها ، وعلى ألا تجاوز المساحة التى تؤجر لكل منهم خمسة أفدنة • ويشترط فيمن يجوز التأجير اليه : ١ — ان يكون بالغــا سن الرشد متمتعا بجنسية الجمهورية العربية المتحدة • ٢ — أن تكون حرفته الزراعة باعتبارها مورد رزقه الرئيسى • ويجــوز تعــديل هذه الشروط أو الاضافة اليها بقرار من وزير الزراعة والاصــلاح الزراعى بعد موافقة مجلس ادارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى ، كما يجــوز لهذا المجلس أن يصدر قرارا بالغــاء عقود ايجار المســتأجرين الذين لا تتوافر فيهم الشروط المتقدمة ويكون قراره في هذا الشأن نهائيا وينفذ بالطريق الادارى • كما يجوز للهيئة العامة للاصلاح الزراعى أن تبيع هذه الأراضى الى واضعى اليد عليها الذين تتوافر فيهم الشروط السابقة وذلك بالثمن وبالشروط التى يقررها مجلس ادارتها بما لا يجاوز خمسة أفدنة في كل حالة » •

ونصت المادة ١٢ من هذا القـانون على أنه « اذا كانت الأراضى المشار اليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة منزوعة على الذمة ، جاز للهيئة العامة للاصلاح الزراعى أن تقوم بتأجيرها الى صـغار الزراع الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها فى تلك المادة وطبقا للأوضاع المنوه عنها فيها • كما يجوز للهيئة أن تبيع هذه الأراضى بطريق المزاد العلنى وفقاً للشروط والأوضاع التى يصدر بها قرار من وزير الزراعة والاصلاح الزراعى » •

وقد أسند المشرع فى المادة ١٣ الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القـانون والفصـل فيها الى اللجان القضـائية للاصلاح الزراعى المنصـوص عليها فى المادة ١٣ مكررا من المرسـوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ •

٢ ـ الاسـتثناءات

٤٠٧ ـ الاستثناءات الواردة فى قانون الاصـلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ :

نصت المادة ٢ من قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ على اسـتثناءات من أحكـامه القضـائية بألا يزيد ما يمتلكه الفرد من الأراضى الزراعية على مائتى فدان • وهذا هو نص المادة بعـد تعديلها بالقانون رقم ١٠٨ لسنة ١٩٥٣ الذى أضاف الفقرات (د) و (هـ) و (و) الى المادة :

« استثناء من حكم المادة السابقة » :

« (أ) يجوز للشركات والجمعيات أن تمتلك أكثر من مائتى فدان فى الأراضى التى تستصلحها لبيعها وذلك على الوجه المبين فى القوانين واللوائح • » (١) •

---

(١) وقد قضت المحكمة الادارية العليا بأن المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الاصلاح الزراعى المعدلة بالقانون =

« (ب) ويجوز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتى فدان من الأراضى البور والأراضى الصحراوية لاستصلاحها ، ولا يسرى على هذه الأراضى حكم المادة الأولى الا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك • هذا مع عدم الاخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة » •

« (ج) ويجوز للشركات الصناعية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقدارا من الأراضى الزراعية يكون ضروريا للاستغلال الصناعى ، ولو زاد على مائتى فدان » •

« (د) ويجوز للجمعيات الزراعية العلمية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقدارا من الأراضى الزراعية يكون ضروريا لتحقيق أغراضها ، ولو زاد على مائتى فدان » •

« (هـ) ويجوز للجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك من الأراضى الزراعية ما يزيد على مائتى فدان ، على ألا يجاوز ما كانت تمتلكه قبل صدوره • ويجوز لها التصرف فى القدر الزائد على مائتى فدان وفقا لأحكام المادة ٤ ، ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على أن يؤدى اليها التعويض نقدا على أساس حكم المادة ٥ » •

« (و) ويجوز أيضا للدائن أن يمتلك أكثر من مائتى فدان ان كان سبب الزيادة هو نزع ملكية مدينه ورسو المزاد على الدائن طبقا للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات • ويجوز للحكومة بعد مضى سنة من تاريخ

= ٨٤ لسنة ١٩٥٧ نصت على انه يجوز استثناء للشركات والجمعيات أن تتملك أكثر من مائتى فدان من الأراضى التى تستصلحها لبيعها ، وهذا الاستثناء لا يسرى على الشركة التى تقوم باستغلال واستثمار الأراضى دون استصلاحها ومن ثم تدخل هذه الشركة فى نطاق الحظر الوارد بالمادة الأولى من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ويتعين الاستيلاء على الأرض (ادارية عليا فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٨٤ مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا السنة ٢٩ صفحة ١٣٣٦) •

رسو المزاد أن تستولى على الأطيان الزائدة على مائتى فدان بالثمن الذى رسا به المزاد أو نظير التعويض المحدد فى المادة ٥ أيهما أقل ، والى أن تستولى الحكومة على الزيادة ، يجوز للدائن أن يتصرف فيها دون تقيد بشروط المادة ٤ » (١) .

« وكذلك يستثنى الوقف » .

وبصدور قانون سنة ١٩٦١ نزل الحد الأقصى لتملك الأرض الزراعية الى مائة فدان ، فوجب تعديل النص سالف الذكر على هذا الأساس . ويجب أيضا حذف الاستثناء (ب) الخاص بالأراضى البور والأراضى الصحراوية ، فقد اعتبر قانون سنة ١٩٦١ هذه الأراضى أراضى زراعية تدخل فى حساب المائة فدان الجائز تملكها ، ولا تستثنى منها .

ومن ثم يكون هناك ، بعد صدور قانون سنة ١٩٦١ ، ستة استثناءات لم يتعرض لها هذا القانون ، فتكون باقية ، ونبحثها على التوالى فيما يلى .

٤٠٨ — الشركات والجمعيات المشتغلة باستصلاح الأراضى الزراعية :

رأينا أن المادة ٢ (أ) من قانون الاصلاح الزراعى تجيز « للشركات والجمعيات أن تمتلك أكثر من مائتى فدان (اقرأ مائة فدان بحسب قانون سنة ١٩٦١) فى الأراضى الزراعية التى تستصلحها لبيعها وذلك على الوجه المبين فى القوانين واللوائح » . وقد تقرر هذا الاستثناء لأن هذه الشركات والجمعيات تستصلح الأراضى البور

---

(١) وقد أضاف القانون رقم ٢٤٥ فقرة أخيرة الى البند (و) نص فيها على ما يأتى : « على أنه استثناء من هذا الحكم عند نزع الدائن لملكية الأطيان التى سبق التصرف فيها وفقا لحكم البند (ب) من المادة ٤ من هذا القانون ، فان مزاد شرائها يرسو على الحكومة بثمن رسو المزاد وا بعشرة أمثال القيمة الايجارية أيهما أقل » .

ولا تستبقيها ، بل تقوم ببيعها للجمهور . فهي بذلك توسع من رقعة الأرض المزروعة وفي الوقت ذاته تقوم بتوزيع الأراضي المستصلحة على القادرين على زراعتها . ولما كان النص عاماً ، فانه يشمل من جهة ، جميع الشركات والجمعيات ما وجد منها قبل صدور قانون سنة ١٩٥٢ وقانون سنة ١٩٦١ وما سيوجد في المستقبل ، ويشمل من جهة أخرى الملكيات الزراعية الموجودة لدى هذه الشركات والجمعيات الزائدة على مائة فدان (جعلها القانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩ خمسين فدانا) وما يستجد في ملكيتها من أراضي زراعية في المستقبل .

ولما كان استصلاح الأراضي وتوزيعها بعد ذلك يقتضي رقابة فعالة ، وقد ذكر النص سالف الذكر أن ذلك يكون « على الوجه المبين في القوانين واللوائح » . فقد صدر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ يضيف أحكاما الى المادة ٢ (أ) . ففيما يتعلق باستصلاح الأراضي وتوزيعها ، أوجب القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ على الشركات والجمعيات « أن تخطر مجلس ادارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعي . خلال شهر يناير من كل سنة ، ببيان يشمل مساحة الأراضي التي تم استصلاحها في السنة السابقة ، وأسماء المتصرف اليهم ، والمساحات المتصرف فيها الى كل منهم . وفق الشروط والأوضاع التي يصدر بها قرار من مجلس ادارة الهيئة سالفة الذكر » . ويجب ألا يزيد القدر المتصرف فيه الى شخص واحد على مائة فدان (ثم صار خمسين فدانا بعد العمل بأحكام القانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ، وألا يجعله مالكا لأكثر من ذلك . وفيما يتعلق بالمدة التي يتم فيها التصرف . يجب أن يكون ذلك في خلال عشر سنوات من تاريخ العمل بالقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ ، أو خمس وعشرين سنة من تاريخ فتحة الري ، أي المدتين أطول . وقد خصص القانون ربع الأراضي التي تستصلحها الشركة أو الجمعية لتوزيعها على صغار الفلاحين ، ممن يحترفون الزراعة ولا تزيد ملكيتهم على عشرة أفدنة ويوافق عليهم مجلس ادارة الهيئة العامة . وهؤلاء لا يجوز أن يتصرف اليهم بأرض تقل عن فدانين أو تزيد على خمسة . ولا يزيد ثمن

الأرض على ما تحدده لجنة التقدير الخاصة بتقدير ايجار الاراضى الزراعية لاتخاذه أساسا لتعديل ضرائب الأطيان .

واذا خالفت الشركة أو الجمعية هذه الأحكام ، كأن انقضت المواعيد التى يجب فيها التصرف فى الزيادة دون أن يقع هذا التصرف ، أو تصرفت الى شخص واحد بأكثر من الحد المقرر ، استولت الحكومة على الزيادة لدى الشركة أو الجمعية ، لا لدى المتصرف اليه فان التصرف يكون باطلا ، فى نظير تعويض يتقرر طبقا لأحكام المادتين ٥ و ٦ من قانون الاصلاح الزراعى (عشرة أمثال القيمة الايجارية مع دفع التعويض عن طريق سندات على الحكومة) .

٤٠٩ — **الشركات الصناعية :**

وهذه اما أن تكون موجودة قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى سنة ١٩٥٢ ، أو وجدت بعده . فأما الشركات التى كانت موجودة قبل صدور قانون الاصلاح الزراعى ، فيجوز لها أن تمتلك أراضى زراعية تزيد على الحد الأقصى ، بشرط أن تكون هذه الأراضى ضرورية للاستغلال الصناعى الذى تقوم به الشركة ، كشركة السكر التى تحتاج الى محصول الأرض من القصب وشركات مستخرجات الألبان التى تحتاج الى الأرض لتربية الماشية . ولها أن تزيد فى الأراضى الزراعية التى كانت تملكها بما يجاوز الحد الأقصى ، فتحللها من الحد الأقصى لا يقتصر اذن على الأراضى التى تملكها فعلا ، بل يمتد الى الأراضى التى تملكها فى المستقبل كل ذلك ما دامت هذه الأراضى ضرورية لاستغلالها الصناعى .

وأما الشركات التى وجدت أو توجد بعد العمل بقانون الاصلاح الزراعى سنة ١٩٥٢ ، فقد صدر القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٧ (أضاف فقرة ثانية الى المادة ٢ (جـ) من قانون الاصلاح الزراعى) يقضى بأنه لا يجوز لها أن تجاوز الحد الأقصى الا بترخيص من مجلس ادارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى ، ويصدر بهذا الترخيص وبشروطه واوضاعه قرار من المجلس فى كل حالة على حدة .

٤١٠ — الجمعيات الزراعية العلمية :

والاستثناء هنا مقصور على الجمعيات الموجودة قبل صدور الاصلاح الزراعي سنة ١٩٥٢ كالجمعية الزراعية ، أما الجمعيات التى تنشأ بعد ذلك فلا يشملها الاستثناء ، ولا يصح لها أن تجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية . فاذا كانت الجمعية الزراعية العلمية قد أنشئت قبل صدور قانون الاصلاح الزراعي ، جاز لها أن تجاوز الحد الأقصى ، سواء فى ملكيتها الحالية أو فيما تملكه فى المستقبل ، وذلك حتى تستمر فى طريقها الذى بدأته من السعى فى تحسين الانتاج الزراعي والحيوانى .

٤١١ — الجمعيات الخيرية :

والاستثناء هنا أيضا مقصور على الجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور قانون الاصلاح الزراعي ، فهذه لها أن تمتلك ما يجاوز الحد الأقصى ، على ألا يزيد ذلك على ما كانت تمتلكه قبل صدور قانون الاصلاح الزراعي . فالاستثناء اذن مقيد من ناحيتين : ناحية الجمعيات الموجودة وناحية المقدار المملوك ، ويتقيدان معا بما كان موجودا وقت صدور قانون الاصلاح الزراعي . ولما كانت هذه الجمعيات تسعى الى عمل الخير ، فقد أراد المشرع تجنبها أثر المفاجأة فى تطبيق حكم الاستيلاء ، وأتاح لها الفرصة فى تحويل أموالها الى غير الأراضي الزراعية . وعلى هذه الجمعيات أن تتصرف فى المقدار الزائد على الحد الأقصى — وقد أصبح هذا الحد مائة فدان — ويكون تصرفها وفقا لأحكام المادة ٤ من قانون الاصلاح الزراعي ، أى أنها تتصرف لصغار الفلاحين ولخريجي المعاهد الزراعية بشروط معينة وردت فى هذه المادة . وللحكومة ، خلال عشر سنوات (بدلا من خمس وهى المدة التى التى تقررت لما عدا هذه الجمعيات) أن تستولى على المقدار الزائد على الحد الأقصى ، فى مقابل تعويض يقدر طبقا لأحكام المادة ٥ (عشرة أمثال القيمة الايجارية) ، على أن يدفع هذا التعويض للجمعية الخيرية نقدا بدلا من دفعه سندات على الحكومة . ولما كانت مدة عشر السنوات

قد انقضت في ٨ سبتمبر سنة ١٩٦٢ (من ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢) ، فقد استنفد هذا الاستثناء مدته ، ولم يعد له تطبيق عملي في الوقت الحاضر (١) .

٤١٢ — الدائن الراسي عليه المزاد :

هناك أحوال يقضي فيها تقنين المرافعات ، في التنفيذ على العقار ، بايقاع البيع على الدائن بما قرره من زيادة على الثمن الأساسي أو بالثمن الأساسي نفسه ، وذلك مراعاة لمصلحة المدين والدائنين والائتمان العقاري نفسه . فقد نصت المادة ٤٣٧ مرافعات على أن « تبدأ المزايدة في جلسة البيع بمناداة المحضر على الثمن الأساسي والمصاريف . ويعين القاضي قبل بدء المزايدة مقادير التدرج في العروض في كل حالة بخصوصها مراعيا في ذلك مقدار الثمن الأساسي » .

ونصت المادة ٤٣٨ مرافعات على أنه « اذا لم يتقدم مشتر أو أكثر في جلسة البيع ، يحكم القاضي بتأجيل البيع مع نقص عشر الثمن الأساسي مرة بعد مرة كلما اقتضت الحال ذلك » .

ونصت المادة ٤٣٩ على أنه « اذا تقدم مشتر أو أكثر في جلسة البيع يعتمد القاضي العطاء في الجلسة فورا لمن تقدم بأكبر عرض ، ويعتبر العرض الذي لا يزاد عليه خلال ثلاث دقائق منهيا للمزايدة » . ونصت المادة ٤٤٢ من القانون المذكور على أنه « اذا كان من حكم بايقاع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بانه لاوجه لاستناد الجمعية الخيرية الأجنبية في عدم سريان القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ عليها ، الى ان المادة ٢/هـ من المرسوم القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ في شأن الاصلاح الزراعي اجازت للجمعيات الخيرية التصرف في القدر الزائد عن المائتي فدان خلال عشر سنوات تنتهي في ٨ سبتمبر سنة ١٩٦٢ ، ذلك ان هذه الفقرة تعتبر ملغاة بما نصت عليه المادة ١٢ من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ من الغاء كل نص يخالف أحكامه ، هذا مع مراعاة الاستثناء الذي قرره المشرع بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧١ .

(نقض مدني في أول مارس سنة ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ١٢٩ صفحة ٦٠٨) .

البيع عليه دائنا وكان مقدار دينه ومرتبه يبرران اعفـاءه من الايداع (ايداع الثمن الراسى به المزاد) أعفاه القاضى » •

ونرى من النصوص سالفة الذكر أن ليس ثمة مانع من ان يوقع فيها البيع على الدائن ، اما بما قرره من زيادة على الثمن الأساسى ، أو بالثمن الأساسى نفسه • فاذا ما رسا المزاد على هذا الوجه على الدائن فى أرض زراعيـة ، كان من المحتمل أن تزيد الأراضى الزراعيـة التى يملكها هذا الدائن ، بسبب رسو المزاد ، على خمسين فدانا • فيصبح رسو المزاد بالرغم من هذا ، وذلك رعاية للائتمـان العقارى ونظرا لحـالة الاضطرار التى وجد فيها الدائن •

وللدائن فى هذه الحالة مهلة سنة يبيع فيها المقدار الزائد على المائة فدان لمن يشاء وبالثمن الذى يتفق عليه مع المشترى ، دون تقيد بالبيع الى صغار الفلاحين أو الى خريجى المعاهد الزراعية طبقا لأحكام المادة ٤ من قانون الاصلاح الزراعى •

فاذا انقضت السنة ولم يبع الدائن كل المقدار الزائد أو بعضه ، استولت الحكـومة على ما لم يبعه من المقـدار الزائد • وتدفـع له تعويضا ، اما طبقا لأحكام المادة ٥ من قانون الاصلاح الزراعى (عشرة أمثال القيمة الايجارية) ، أو الثمن الذى رسا به المزاد على الدائن ، أى القيمتين أقل • ويكون التعويض نقدا ، لا بسندات على الحكومة (١) •

---

(١) انظر محمد على عرفة فقرة ٢٦٨ ص ٣٥٢ — وفى قانون الاصلاح الزراعى فقرة ٣٦ ص ٧٣ — حسن كيرة فقرة ٨٠ ص ٢٦٨ •

هذا وقد خشى المشرع أن يتحايل المالك ، عن طريق هذا الاستثناء ، على الوجه الآتى : يكون قد تصرف فى الزائد من أرضه لصـغار الفلاحين طبقا لحكم البند (ب) من المادة ٤ من قانون الاصـلاح الزراعى ، ثم يطرح ما سبق له التصرف فيه فى المزاد ، لعجز المشترين عن الوفاء بباقى الثمن أو لتواطؤه معهم ان كان البيع صوريا ، ويحكم بايقاع البيع له • ومن يرسو عليه مزاد الأرض ، تكون أمامه مهلة سنة كاملة يتصرف خلالها فى الأرض لمن يشاء وبالثمن الذى يتفق عليه مع المشترى ، وذلك دون تقيد ببيعها الى =

٤١٣ — الوقف :

أصـبح هذا الاستثناء مقصـوراً على الوقف الخيرى ، بعد حل الوقف الأهلى بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ • وترتب على حل الوقف الأهلى أن آلت الى الواقف أو الى المستحقين فى الوقف بحسب الأحوال ملكية الأراضى الزراعية الموقوفة • فاذا كان من وراء ذلك أن زادت ملكية أحد ممن آلت اليه الأراضى الزراعية على الحـد الأقصى ، جرى عليه حكم القانون ، واسـتولت الحكومة على المقـدار الزائد طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن •

أما الوقف الخيرى فقد بقى مستثنى ، ويجوز أن يشتمل على أكثر من مائة فدان (ثم أصبح خمسين فداناً بالقانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩) دون أن تسـتولى الحكـومة على الزيادة • على أن القـانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ ، الخاص باسـتبدال الأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة ، قضى بأن تتسلم الهيئة العامة للاصـلاح الزراعى سنويا الأراضى الزراعية التى يتقرر استبدالها ، وذلك لتوزيعها وفقـا لاحكام قانون الاصلاح الزراعى • وتؤدى لمن له حق النظر على الأوقاف سندات تساوى قيمة هذه الأراضى والمنشآت الثابتة وغير الثابتة مقدرة وفقا لقانون الاصلاح الزراعى • ويجوز ، بقرار من رئيس الجمهورية ، وفيما لا يجاوز مائة فدان (خمسين فداناً حاليا) ، الاستثناء من هذه الأحكام فى كل حالة على حدة ، وذلك بالنسبة الى الأراضى الزراعية التى يكون النظر عليها لغير وزارة الأوقاف [١] •

= صغار المزارعين طبقا لأحكام المادة ٤ من قانون الاصلاح الزراعى • فمنعا لهذا التحايل ، صدر القانون رقم ٢٤٥ لسنة ١٩٥٥ (يضيف فقرة أخيرة الى البند (و) من المادة الثانية من قانون الاصلاح الزراعى) ينص على ما يأتى : « على أنه استثناء من هذا الحكم ، عند نزع الدائن لملكية الأطيان التى سبق له التصرف فيها وفقا لحكم البند (ب) من المادة ٤ من هذا القانون ، فلن مزاد شرائها يرسو على الحكومة بثمن رسـو المزاد أو بعشرة أمثال القيمة الايجارية أيهما أقل » •

(١) وهذه هى أهم نصوص القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ ، ويتعلق =

المبحث الثـــانى

قيود على حق الأجانب فى التملك

٤١٤ — تسلسل القوانين التى تحد من حق الأجانب فى التملك :

لما كانت مصر جزءا من الأمبراطورية العثمانية ، لم يكن للأجانب حق تملك العقارات فيها تبعا لتحريم هذا التملك عليهم فى جميع أنحاء الامبراطورية العثمانية • ثم استقلت مصر استقلالا داخليا تحت حكم أسرة محمد على ، ولما كان محمد على قد درج على تشـــجيع الأجانب وحثهم على توسيع نشاطهم الحضارى والعمرانى فى داخل البلاد ، فقد منحهم حق تملك الأراضى المصرية منذ بداية القرن التاسع عشر • بل كان يمنح بعض الأجانب « أبعاديات » وهى أراض غير منزرعة ، ويعفى هذه الاراضى من الضريبة تشجيعا على استصلاحها • وفى عهد ســعيد صــدر أمر عال فى ســـنة ١٨٥٨ ببيع الأراضى الخراجية التى تركهـا المنتفعون بها حتى لا يدفعوا الخراج ، وكان للأجانب حق شراء هــذه الأراضى شأنهم فى ذلك شأن المصريين • ثم سمح سعيد فى سنة ١٨٦١ للأجانب بوضع اليد على الأراضى الخراجيـــة اللازمة لاقامة محـــالج

= بالأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة : م ٢ — يستبدل خلال مدة أقصـــاها ثلاث ســنوات الاراضى الزراعية الموقوفة على جهــاز البر العامة • م ٢ — تتسلم الهيئة العامة للاصـــلاح الزراعى ســنويا الأراضى الزراعية التى يتقرر استبدالها • وذلك لتوزيعها وفقا لأحكام قانون الاصلاح الزراعى • م ٣ (معدلة بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٠) — تؤدى الهيئة لمن له حق النظر على الأوقاف سندات تتساوى قيمة هذه الأراضى والمنشآت الثابتة وغير الثابتة والأشــجار مقدرة وفقا لقانون الاصـــلاح الزراعى • وتؤدى قيمة ما يستهلك من السندات الى المؤسسة الاقتصادية ، كما تؤدى فوائد السندات الى من له حق النظر على الوقف بمقدار ٣٪ سنويا • ويكون استهلاك هذه الســـندات خلال ثلاثين ســـنة على الأكثر • م ٦ — يجــوز الاستثناء من هذه الأحكام بقرار من رئيس الجمهورية ، وذلك فيما لا يجاوز مائة فدان فى كل حالة على حدة بالنسبة الى الأراضى الزراعيـــة التى يكون النظر فيها لغير وزارة الأوقاف •

وانظر فيما يتعلق بالأراضى الزراعية الموقوفة على جهات البر الخاصة القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢ •

الأقطان • ولذلك لما صدر قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ هجرية (سنة ١٨٦٧ ميلادية) ، وهو القانون العثمانى الذى يبيح للأجانب تملك العقار فى اراضى الدولة العثمانية ، كان الأجانب فى مصر قد تمتعوا بهـذا الحق منذ وقت طويل •

وبعد أن انتشر العمران فى البـلاد وأصـبح المصرى قادرا على استغلال الأرض على خير وجه ، وضاقت رقعة الاقليم عن أن تتسـع للمصريين الذين يتزايدون كل يوم بسرعة تفوق المألوف ، بدأ النظر الى المسألة من زاوية أخرى • فالأرض هى الاقليم الذى تبسط عليه الدولة سيادتها ، ومالك الأرض يتمتع بحقوق واسعة ، فأصبح من المرغوب فيه أن تضيق حقوق الأجانب فى تملك الأرض المصرية ، وانبنى على ذلك أن صدرت قوانين متلاحقة تحقق هذا الغرض •

وأول قانون صدر فى هذا الشأن هو الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ وتلاه القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ، وهما خاصـان بمنـع تملك الأراضى الصحراوية • وصـدر القانون رقم ٣٧ لسـنة ١٩٥١ . يمنع الأجانب فى المستقبل من تملك الأراضى الزراعية ، صحراوية كانت أو غير صحراوية ، وصدر أخيرا القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ، وقد حل محل القانون السابق ، ويمنع الأجانب بتاتا من تملك الأراضى الزراعية، سواء عن الماضى أو فى المستقبل (١) • ثم صدر القانون رقم ٨١ لسـنة ١٩٧٦ بمنع تملك الأجانب للعقارات المبنية والأراضى الفضاء الا فى حالات استثنائية • ونقول كلمة موجزة فى كل من هذه القوانين (٢) •

---

(١) انظر فى ذلك عز الدين عبد الله فى القانون الدولى الخاص الطبعة السابعة فقرة ٢٠٤ •

(٢) ونقتصر هنا على الحد من حق الأجنبى فى تملك العقار . وقد ورد فى المنقول ، فى المادة الأولى من قانون التجارة البحرى ، أنه « لا يجوز أن يكون مالكا لجميع سفينة رافعة العلم المصرى ولا لبعضها ، ولا أن يكـون عضوا فى اى شركة لتشغيل سفينة رافعة العلم المذكور ، الا من كان من رعايا الدولة العثمانية » . فامتنع بذلك على الأجنبى أن يتملك سفينة ترفع العلم المصرى •

٤١٥ — الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ :

كانت أغراض الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ أغراضا حربية بحتة . وقد صدر فى أوائل الحرب العالمية الثانية . ولم يتناول الا الاراضى الصحراويه . وهى اراض خارج الزمام تقع فى حدود البلاد المصريه . فمنع هذا الامر العسكرى الأجانب من تملك هذه الاراضى أو كسب حقوق عينية عليها . أما بالنسبة الى المصريين ، فلابد من اذن سابق من الحكومة (١) . ومد العمل بأحكام هذا الامر العسكرى بموجب المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ .

ولما أخذت أهمية الأراضى الصحراويه تزداد يوما بعد يوم نتيجة للمشروعات العمرانية ، وكان للمناطق التى تقع فيها هذه الأراضى أهمية استراتيجية عسكرية ، وكان تنظيم التملك فى هذه المناطق أهمية أخرى من ناحية منع التهرب الذى يباشره كثيرون ويتخذون من هذه المناطق الواسعة مأوى لهم ، صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراويه . وقد حظرت المادة الأولى منه على أى شخص طبيعى أو اعتبارى أن يتملك بأى طريق كان ، عدا الميراث ، عقارا كائنا باحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام ، كما حظرت تقرير أى حق من

(١) تنص المادة الأولى من هذا الأمر العسكرى على أن « يحظر على كل شخص طبيعى او معنوى أجنبى الجنسية أن يمتلك بأى طريق كان ، عدا الميراث ، عقارا كائنا بأحد الأقسام التى تقوم على ادارتها مصلحة الحدود ، ويسرى هذا الحظر كذلك على الوقف على أجنبى ، وتقرير حقوق عينية له . وتحدد بأمر فى الأقسام المذكورة المناطق التى لا يمتد اليها الحظر المنصوص عليه فى الفقرة الأولى . كذلك يكون تعديل المناطق المذكورة او تعديل حدودها بأمر » . وتنص المادة الثانية منه على انه « فى الجهات التى يسرى عليها الحظر المشار اليه فى المادة الأولى ، يجب ، فى كل تملك لعقار بأى طريق عدا الميراث لمصلحة شخص طبيعى او معنوى مصرى الجنسية ، وفى الوقف عليه وتقرير حقوق عينية له ، أن يؤذن فيه مقدما من وزير الدفاع الوطنى . ويجوز رفض هذا الاذن ، خصوصا فى حالة ما اذا كان المشترى شخصا معنويا تحت اشراف سلطة اجنبية ، او اذا وجدت أسباب جدية تدعو للاعتقاد بأنه يعمل لصالح غيره » .

الحقوق العينية على هذه العقارات ، أو ابرام عقود ايجار فى شـــأنها تزيد مدتها على تسع سنوات • ولوزير الحربية أن يحدد بقرار منــه مناطق معينة لا يشملها هذا الحظر ، كما له أن يحدد بقرار منه مناطق معينة يحظر فيها التأجير الا لمدة لا تزيد على تسع سنوات وبترخيص من لجنه نص عليها فى المادة ١٢ من هذا القانون • وقضت المادة الثانيه من القانون بانه استثناء من هذا الحظر ، يجوز لوزير الحربية الترخيص بالتملك أو بتقرير الحقوق العينية أو بالتأجير ولو لمدة أزيد من تســع سنوات ، بعد أخذ راى اللجنة المنصوص عليها فى المادة ١٢ • وللوزير الحق فى رفض الترخيص دون ابداء الاســباب ، ويكون قراره فى هذا الشأن نهائيا وغير قابل للطعن فيه أمام اية جهة • وتقضى المادة الثالثه بأن يعتبر باطلا كل تصرف يقع مخالفا لهذه الأحكام •

ولم يكن لهذا القــانون أثر رجعى ، فاقر الملاك الســابقون على صدور القانون على حقوقهم المكتسبة ، وجعل لشاغلى الأراضى بالبناء أو الغراس الذين لا يعتبرون ملاكا الأفضـــلية على غيرهم فى حالة الترخيص بالشراء أو الاستئجار •

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، وكان بين القوانين التى الغاها وحل محلها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الذى نحن بصدده • سبق الكلام تفصيلا فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (١) •

٤١٦ — القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ :

ولكن القانون الذى هدف بطريق مباشر الى الحد من حق الأجانب فى تملك الأراضى المصرية هو القانون رقم ٣٧ لســنة ١٩٥١ ، بعد أن تبين بحسب احصــائية سنة ١٩٤٦ أن الأجانب يملكــون من الأراضى الزراعية ما يبلغ مقداره ٣٥٧١٩٢ فدانا ، عدا ما لهم من حقــوق عقارية (من رهن واختصــاص وامتياز) على جزء كبير من الأراضى المملوكة

---

(١) انظر آنفا فقرة ٨٩ — فقرة ٩٢ •

للوطنيين . وقد بلغ ، في هذا الاحصاء ، عدد الملاك (عدا الوقف) الذين يملكون أكثر من ألفي فدان خمسة وثلاثين مالكاً ، منهم سبعة عشر (أي نحو النصف) من الأجانب . فصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ على ان يعمل به من يوم نشره في الجريدة الرسمية ، وقد نشر في ١٧ مارس سنة ١٩٥١ .

وقد نصت المادة الأولى منه على أنه « مع عدم الاخلال بأحكام المادتين الأولى والثانية من الأمر رقم ٦٢ لسنه ١٩٤٠ الذي استمر العمل به بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ بشأن تملك العقارات في أقسام الحدود ، يحظر على غير المصريين ، سواء أكانوا اشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين ، اكتساب ملكية الأراضي الزراعية والأراضي القابلة للزراعة والاراضي الصحراوية بالمملكه المصرية ؛ ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع » . فالاشخاص المحرم عليهم التملك هم غير المصريين ، سواء كانت لهم جنسية أجنبيه أو كانوا مجهولي الجنسية أو كانوا عديمي الجنسيه ، وسواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا معنويين . والعقارات الممنوع تملكها هي الأراضي الزراعية القابلة للزراعة والأراضي البور والأراضي الصحراويه (١) ، وذلك كله سواء كان ملكية تامة أو حق رقبة أو حق انتفاع . ويحرم التملك بأي سبب من أسباب كسب الملكية ، فيما عدا الميراث أو الوصية من أجنبي لأجنبي . فالعقد يكون باطلا بطلانا مطلقا ، ويجوز لكل ذي شأن وللنيابة العامة طلب هذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها . وكذلك تبطل الوصية الصادرة من مصري الى أجنبي بطلانا مطلقا ، ولا يجوز للأجنبي الميراث من المصري ، كما لا يجوز للأجنبي أن يتملك الأراضي البور والأراضي الصحراوية بالاستيلاء ، ولو بنى فيها أو غرس ، ولو رخصت له الحكومة في وضع اليد . ولايجوز للأجنبي أن يأخذ بالشفعة ، ولا أن

---

(١) فلم يعد للأجنبي الا حق تملك العقارات المبنية والأراضي المعدة للبناء .

يتملك بالتقادم ولو بدأ سريان التقادم من قبل العمل بالقانون مادام التقادم لم يتم .

وقد نصت المادة ٢ من القانون سالف الذكر على أنه « استثناء من حكم المادة السابقة ، يجوز لغير المصرى اكتساب ملكية الأراضى الزراعيــة فى الأحوال الآتيــة : (أ) اذا آلت اليــه بطريق الارث أو الوصية من أجنبى . (ب) اذا كانت موقوفه ، وآلت اليه بسبب انتهاء الوقف أو الرجوع فيــه . (ج) اذا كان غير المصرى له حق امتيــاز البائع ، ورسا عليه مزاد الأرض التى له عليها هذا الحق بالتطبيق للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات (السابق) . (د) اذا كان غير المصرى شركة مساهمة تقوم بالأعمال المصرفية . وكانت مرتهنة ورسا عليها مزاد الأرض المرهونة بالتطبيق للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات (السابق) . (هـ) اذا كان غير المصرى دائنا مرتهنا قبل العمل بهذا القانون . ورسا عليه مزاد الأرض المرهونة بالتطبيق للمــــادة ٦٦٤ من قانون المرافعــات (السابق) . (و) الأراضى الداخلة فى نطاق المدن المحددة بمرسوم » .

ولما كان هــذا القانون ليس له أثر رجعى ، فقــد بقى للأجانب ما كانوا يملكونه من أراض زراعية قبل العمل بالقــانون ، وهى أراض واسعة كما رأينا . ومن أجل ذلك صدر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ يلغى القانون الذى نحن بصدده ، ويحرم على الأجانب تملك الأراضى بتاتا ، حتى بالنسبة الى الماضى .

٤١٧ — القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ :

صدر هذا القانون فى ١٤ يناير سنة ١٩٦٣ ، وعمل به من وقت نشره بالجريدة الرسمية فى ١٩ يناير سنة ١٩٦٣ ، وجاء فى مذكرته الايضاحية: « صــدر القانون رقم ٣٧ لســنة ١٩٥١ بمنع تملك الأجانب للأراضى الزراعيــة وما فى حكمهــا من الأراضى القــابلة للزراعة والأراضى الصــحراوية . ولا تسرى أحكام هذا القانون بالنســبة للأراضى التى تملكها الأجانب قبل العمل به . ومن جهــة أخرى فقد اســتثنى هذا

القانون عدة حالات أجيز فيها للأجانب تملك الأراضى الزراعية ، حتى بعد العمل بأحكامه • وقد كان ذلك سببا فى اضعاف أثر هذا القانون ، وعدم تحقيق الغرض منه كاملا • ورغبة فى تلافى النقص انوارد بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ ، واستكمالا لسيادة الدولة ، وتحقيقا لسياستها الاشتراكية فى توزيع الأراضى على صغار الفلاحين لرفع مستوى معيشتهم ، أعد مشروع القانون المرافق ... » •

وتنص المادة الأولى من القانون على أن « يحظر على الأجانب ، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين . تملك الأراضى الزراعيه وما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعه والبور والصحراويه فى الجمهوريه العربيه المتحده • ويشمل هذا الحظر الملكيه التامه ، كما يشمل الرقبة أو حق الانتفاع • ولا تعتبر أرضا زراعية ، فى تطبيق أحكام هذا القانون . الاراضى الداخلة فى نطاق المدن والبلاد التى تسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ . اذا كانت غير خاضعة لضريبه الأطيان • ويستثنى الفلسطينيون من تطبيق أحكام هذا القانون مؤقتا » • ويخلص من هذا النص أن الاشخاص المحظور عليهم تملك الاراضى الزراعية فى مصر هم الأجانب ، أشخاصا طبيعيين كانوا أو أشخاصا معنويين ، ويدخل فى ذلك من له جنسية أجنبية معلومة ومن كان مجهول الجنسية ومن كان عديم الجنسية (١) • ولا يستثنى من الأجانب الا الفلسطينيون . والاستثناء موقت الى ان يرجعوا الى اراضيهم الأصلية التى سلبوا منها • أما الأراضى التى يتناولها الحظر ، فهى الأراضى الزراعية وما فى حكمها من أراض قابلة للزراعة وأراض بور وأراض صحراوية ، وذلك كله ملكية تامة أو رقبة أو حق انتفاع • ولا تدخل الأراضى الداخلة فى نطاق المدن والبلاد التى تسرى عليها أحكام القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وهو القانون الخاص بتقسيم

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للقانون فى هذا المعنى : «من المفهوم أن المقصود بالأجانب فى تطبيق أحكام هذا القانون هم جميع من لا يتمتعون بجنسية الجمهورية العربية المتحدة » .

الأراضي المعدة للبناء ، وذلك اذا كانت غير خاضعة لضريبة الأطيان • فهي اذن الأراضي المبنية والأراضي المعدة للبناء في داخل المدن والتي يسرى عليها القانون الخاص بتقسيم الأراضي ، أما الأراضي المقـام عليها مبانى القرية وجعلت سكنا للفلاحين ومكانا لايواء مواشيهم وحفظ حاصلاتهم فهذه تعتبر من ملحقات الأراضي الزراعية وتأخذ حكمها من حيث عدم جواز تملك الأجانب لها (١) • ويحرم على الأجنبي تمـلك الأرض الزراعية بأى سبب من أسباب التمليك ، فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا (٢) • وقد نصت المادة العاشرة من القانون على أن « يقع باطلا كل تعاقد يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز تسجيله ، ويجوز لكل ذي شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها » ، وكذلك لايجـــوز للاجنبي أن يملك بالاستيلاء الأراضي الصحراوية ، ولو أخذ ترخيصا بوضع اليد عليها • ولايجوز للأجنبي أن يرث أرضا زراعية ، كما لايجوز أن يوصى له بها وتكون الوصية باطلة ، ولا يملك الأجنبي أرضا زراعية بالتقادم ، اذا كانت مدة التقادم قد تمت بعد العمل بالقانون ولو بدأ سريانها قبل ذلك• ولايجوز ايقاع البيع في أرض زراعية لأجنبي بالتطبيق لأحكام المـادة ٤٣٧ مرافعات • ولكن يجوز للأجنبي أن يرتهن أرضا زراعية ، وأن يأخذ

---

(١) محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة ١٥ ابريل سـنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام مجلس الدولة ١٢ و ١٣ ص ٩٣ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص الفقرة الأولى من المـادة الأولى ، والفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون ١٥ لسنة ١٩٦٣ بشأن حظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها أنه يحظر على الأجانب — سواء اكانوا اشخاصا طبيعيين اعتباريين — ان يمتلكوا الأراضي الزراعية وما في حكمها في جمهورية مصر العربية بأى سبب من أسباب كسب الملكية ولا شبهة في اتصال قاعدة عدم تملك الأجانب للأراضي الزراعية في حكمها في جمهورية مصر العربية بالنظام العام ، فتسري حكمها بأثر مباشر على كل من يمتلك من الاجانب وقت العمل بهذا القـانون في ١٩ يناير سـنة ١٩٦٣ ارضا زراعية ، كما يسري هذا الحظر على المستقبل (نقض مدني في ٢٨ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السـنة ٢٣ رقم ٨٤ صـفحة ٥٣٣) •

عليها حق اختصاص ، وان يكون له عليها حق امتياز ، بشرط عدم ايقاع البيع عليه عند التنفيذ على الأرض .

وتنص المادة الثانية من القانون على أن « تؤول الى الدولة ملكية الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والبور والصحراوية المملوكة للأجانب وقت العمل بهذا القانون ، بما عليها من المنشآت والآلات الثابتة وغير الثابتة والأشجار وغيرها من الملحقات الأخرى المخصصة لخدمتها . ولا يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات الملاك الخاضعين لأحكامه ، مالم تكن صادرة الى أحد المتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة وثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣من ديسمبر سنة ١٩٦١» . وهذا النص جوهرى فى القانون،فهو الذى يجعل القانون ذا أثر رجعى ، فيسرى على الأراضى الزراعية التى كانت مملوكة للأجانب وقت العمل به ، أى فى ١٩ يناير سنة ١٩٦٣ . فتؤول ملكية هذه الأراضى للدولة لتوزيعها على صغار الفلاحين ، ويجرد كل أجنبى من ملكية أراضيه الزراعية . وبذلك يكون قانون سنة ١٩٦٣ قد أحدث انقلابا جوهريا فى تملك الأجانب للأراضى الزراعية فى مصر ،قصر عن تحقيقه قانون سنة ١٩٥١ ، ولم يعد الآن لأحد من الأجانب أرض زراعية يملكها فى مصر . ولما كان تصريح رسمى قد صدر فى يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ بعزم الحكومة على اصدار قانون سنة ١٩٦٣ ، ومضى أكثر من سنة قبل أن يصدر هذا القانون . فقد أخذ كثير من الأجانب فى بيع أراضيهم الزراعية لمصريين توقعا لصدور القانون ، ولهذا نصت المادة الثانية كما رأينا على أن « لا يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات الملاك الخاضعين لأحكامه ، ما لم تكن صادرة الى أحد المتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة وثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ » فالتصرفات الصادرة من المالك الأجنبى لا يعتد بها اذن الا اذا توافر فيها شرطان :

١ — أن تكون ثابتة التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ ، اذ التصرفات التى صدرت بعد ذلك أو كانت غير ثابتة التاريخ يفترض القانون

أنها صدرت تحايلا على قانون سنة ١٩٦٣ ٠

٢ — أن يصدر التصرف لمصرى (١) ، ومعنى ذلك أن التصرف اذا صدر لأجنبى لا يعتد به ، ولو كان ثابت التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ ٠ وهذا خطأ واضح ، فمثل هذا التصرف يعتد به لامحالة ، ويستولى على الأرض الزراعية المتصرف فيها عند الأجنبى المتصرف له ٠ ومن ثم لا يكون هناك داع لهذا الشرط الثانى ، بل هو غير صحيح كما قدمنا ، ويكتفى بالشرط الأول ٠

وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود من النص الذى أورده المشرع بنهاية المادة الثانية من القانون ١٥ لسنة ١٩٦٣ بشأن خطر تملك الأجانب للاراضى الزراعية وما فى حكمها ، ان تصرفات الأجنبى الصادرة الى أحد المصريين لايعتد بها ، ألا اذا كانت ثابته التاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ ، والسبب فى ذلك ان هذا اليوم هو الذى أعلن فيه عن الأحكام التى تضمنها هذا القانون ، قبل ان يصدر بمدة تزيد على عام، الأمر الذى جعل كثيرين من الأجانب يبادرون الى التصرف فى اراضيهم الى المصريين هربا من الخضوع لاحكام التشريع المرتقب صدوره ، فأراد المشرع أن يفوت هذا الغرض ، بأن اعتبر الهدف من التصرفات المشار اليها هو التحايل على القانون ، المذكور بغيه الفكاك من احكامه ، ولذلك قرر عدم الاعتداد بها ، واعتبار الارض المتصرف فيها لازالت باقية على مالك الأجنبى المتصرف حتى ولو كانت مشهرة . واخضاعها بالتالى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بخطر تملك الأجانب الأراضى الزراعية وما فى حكمها لايسرى على التصرف الذى يتم للمصرى خلال الفترة بين صدور القرار الجمهورى بالأذن بالتجنس وتاريخ اكتساب الجنسية الأجنبية الجديدة ، ذلك ان الجنسية لاتزول عن المأذون له بالتجنس بجنسية اجنبية الا بعد حصوله على الجنسية الأجنبية الجديدة وليس من تاريخ صدور القرار الجمهورى بالاذن له بالتجنس بهذه الجنسية لدرء انعدام جنسية المأذون له فى حالة تعذر اكتساب الجنسية الأجنبية او تراخيه (ادارية عليا فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٨٢ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا السنة ٢٨ صفحة ٢٧٤) ٠

للاحكام المقررة فى القانون ، وهى التى تقضى بالاستيلاء عليها وتوزيعها على صغار الزراع ، وذلك على خلاف التصرفات التى تمت بعقود ثابته التاريخ قبل ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ ، فان المشرع قدر ، ان هـــذه التصرفات وان كانت لاتنتقل بها الملكية لعدم شهرها الا ان شبهه الصورية والتحايل على القانون منتفية عنها ، وعلى اساس هذا التقدير ، قـــرر الاعتداد بها فى مواجهة جهة الاصلاح الزراعى ،وذلك على غرار مانص عليه فى قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لســـنة ١٩٥٢ من الاعتداد بالتصرفات التى ثبت تاريخها قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ (١) ٠

كما قضت محكمة النقض بان مفاد نص الفقرة الأولى من المـــادة الأولى والفقرة الاولى من المادة الثانية من القانون رقم١٥ لسنة ١٩٦٣ بشأن خطر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها ، أنه يحظـــر على الأجانب سواء اكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين ان يتملكوا الأراضى الزراعية وما فى حكمها فى جمهورية مصر العربية باى ســـبب من أسباب كسب الملكية ، ولا يعتد بتصرفات الأجنبى ٠ واذ جاء النص بالنسبة للاشخاص الاعتباريين عاما مطلقا فأنه يشمل الجمعيات الخيرية الأجنبية ، ولو قصد المشرع استثناء هذه الجمعيات من تطبيق أحكام هذا القانون لنص على ذلك صراحة كما فعل بالنسبة للفلسطنيين ، يؤيد

---

(١) نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ٨٤ صفحة ٥٣٣ ٠

وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى للاعتداد بالتصرفات الصادرة بين الاجانب بعضهم وبعض ، ان تكون ثابتة التاريخ قبل العمل بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ، وليس فى ذلك مايتعارض مع قاعدة عدم قرار تمليك الأجانب ارضا زراعية فى مصر مادام الأستيلاء سيقع على الأرض المتصرف فيها فى النهاية لدى المتصرف اليه الأجنبى ٠ وتبقى هذه التصرفات نافذة بين عاقديها متى تمت صحيحه وفقا للقانون المدنى ولايصح قانونا القضاء بفسخ العقـــد الذى يتضمنها وبرد الثمن للمتصرف اليه.تأسيسا على عدم الاعتداد بهـــذا العقد على الرغم من ثبوت تاريخه قبل العمل بالقانون ١٥ لســـــنة ١٩٦٣ (نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ٨٤ صفحة ٥٣٣) ٠

هذا النظر ان المشرع استثنى بعد ذلك هذه الجمعيات من تطبيق أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بشروط خاصة حتى تتمكن الجمعيات المذكورة من الاستمرار فى القيام بنشاطها فنص فى المادة الأولى من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧١ على أنه استثناء من أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالاصلاح الزراعى والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها يجوز للجمعيات الخيرية التى كانت قائمة وقت العمل بذلك المرسوم بقانون الاحتفاظ بالمساحات التى كانت تملكها فى ذلك التاريخ من الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البور والصحراوية بعد استبعاد ماسبق لها التصرف فيه من هذه الأراضى قبل العمل باحكام هذا القانون ، ويصدر بتحديد الجمعيات الخيرية الأجنبية التى يسرى عليها هذا الحكم قرار من رئيس الجمهورية ، وأن يبين من الحكم المطعون فيه ان الطاعنة لم تدع أنها افادت من هذا القانون فان النعى يكون غير سديد (١) .

وتقضى المادة ٤ من القانون بأن يؤدى الى المالك الأجنبى الذى أخذت منه أراضيه الزراعية وآلت الى الدولة لتوزيعها على صغار الفلاحين طبقا لأحكام قانون الاصلاح الزراعى ، تعويض يقدر وفقا لأحكام هذا القانون الأخير ، أى عشرة أمثال القيمة الايجارية معتدا بالضريبة السارية فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، وتقضى المادة ٥ من القانون بأن يؤدى التعويض سندات اسمية على الدولة لمدة ١٥ سنة بفائدة مقدارها ٤٪ سنويا ، وتكون السندات قابلة للتداول فى البورصة ، ولايجوز التصرف فيها لغير المصريين .

ونصت المادة ٦ من القانون على أنه « اذا كانت الأرض مثقلة بحق رهن أو اختصاص أو امتياز ، استنزل من قيمة التعويض لمالكها ما يعادل

---

(١) نقض مدنى فى ٥ ابريل سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٥٤ صفحة ٨٨٥ .

جملة الدين المضمون بهذا الحق فى حدود التعويض ، وللحكومة اذا لم تحل محل المدين فى الدين ان تستبدل به سندات عليها بفائدة تعادل فائدة الدين ، على أن تستهلك هذه السندات فى مدة لا تزيد على خمس عشر سنة .. » .

وتوجب المادة ٧ من القانون على كل مالك يخضع له أو من يمثله قانونا تقديم اقرار بما يملكه أو يضع يده عليه ، وتنص المادة ١١ من القانون على أنه « يجب على الجهات الحكومية أن تبلغ الهيئة العامة للاصلاح الزراعى بكل حالة تؤول فيها ملكية أراض زراعية أو ما فى حكمها الى أجنبى بسبب الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التعاقد بعد العمل بهذا القانون . كما يلتزم من تلقى الملكية من الأجانب بتقديم الاقرار المنصوص عليه فى المادة ٧ خلال شهر من تاريخ علمه بقيام سبب الملكية . وتستولى الحكومة فى هذه الحالة على تلك الأراضى ، مقابل التعويض المقرر وفقا لأحكام هذا القانون » .

وقد قضتمحكمة النقض بأن مفاد نص المادة التاسعة من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بشأن حظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها ، أن اللجنة القضائية للاصلاح الزراعى انما تختص بالمنازعات التى تنشأ عن استيلاء الدولة على الأراضى الزراعية وما فى حكمها المملوكة للأجانب ، أما غير ذلك من المنازعات التى تقوم بين الأفراد وبعضهم بشأن تنفيذ الاتفاقات المبرمة بينهم والتى لاتكون جهة الاصلاح الزراعى طرفا فيها ، فانه لا اختصاص للجنة بنظرها ، وانما يكون الاختصاص لجهة القضاء العادى صاحبة الولاية العامة فى جميع المنازعات الا ما استثنى بنص خاص (١) .

---

(١) نقض مدنى فى ٥ ابريل سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٥٤ صفحة ٨٨٥ .

وقضت المادة ١٢ من القانون بالغاء القانون السابق عليه ، وهو القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ •

ونرى من ذلك أن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ قد جعل الحكومة تستولى على الأراضى الزراعية المملوكة للأجانب فى مقابل تعويض ، وقد سلمت هذه الأراضى للهيئة العامة للاصلاح الزراعى لتوزيعها على صغار الفلاحين ، واجرى كل ذلك وفقا لاحكام قانون الاصلاح الزراعى• ولم يعد الأجنبى صالحا لتملك أرض زراعية فى مصر ، فقد جرد مما كان يملكه منها فى الماضى، وحرم عليه أن يتملك غيرها فى المستقبل •

وقد قضت محكمة النقض بان القانون رقم ١٥ لسنة بشأن حظر تملك الاجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها فى جمهورية مصر العربية لذات الغرض المقصود من اصدار قانون لاصلاح الزراعى والقوانين المكملة له ، وآية ذلك ما ورد فى ديباجته من الاحالة الى هذه القوانين ، وما نصت عليه المادة الثالثة من ان تتسلم الهيئة العامة للاصلاح الزراعى الأراضى المشار اليها فى المادة السابقة وتتولى ادارتها نيابة عن الدولة حتى يتم توزيعها على صغار الفلاحين وفقا لأحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالاصلاح الزراعى (١) •

٤١٧ مكرر (أولا) — عدم استثناء القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ الجمعيات الخيرية الأجنبية من حظر تملك الأراضى الزراعية :

نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بشأن حظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها على أن « يحظر على الأجانب سواء كانوا أشخاص طبيعيين أم اعتباريين تملك الأراضى الزراعية أو ما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والبور والصحراوية ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية

---

(١) نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ٨٤ صفحة ٥٣٣ •

الرقبة أو حق الانتفاع . ويستثنى الفلسطينيون من تطبيق هذا القانون مؤقتا » ، وينص فى الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن « تؤول الى الدولة ملكية الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الاراضى القابلة للزراعة والبور والصحراوية المملوكة للأجانب وقت العمل بهـــذا القانون بما عليها من المنشآت والآلات الثابتة وغير الثابتة والأشجار وغيرها من الملحقات الأخرى المخصصة لخدمتها ، ولا يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بتصرفات الملاك الخاضعين لأحكامه ما لم تكن صادرة الى أحد المتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة وثابتة التـاريخ قبل يوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ » ، ومفاد هذين النصين انه يحظر على الأجانب سواء أكانوا اشخاصا طبيعيين أم اعتباريين أن يتملكوا الأراضى الزراعية وما فى حكمها فى جمهورية مصر العربية بأى سـبب من أسباب كسب الملكية ولا يعتد بتصرفات الأجنبى الصادرة الى أحد المصريين الا اذا كانت ثابتة التاريخ قبل ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦١ ، واذ جاء النص بالنسبة للأشخاص الاعتباريين عاما مطلقا فأنه يشـمل الجمعيات الخيرية الأجنبية ولو قصد المشرع استثناء هذه الجمعيات من تطبيق أحكام هـذا القانـون لنص عـلى ذلك صراحة كما فعل بالنسبة للفلسطينين .

ويؤيد هذا النظر انه عندما رأى المشرع اجازة الابقاء على ملكية الجمعيات الخيرية الأجنبية للأراضى الزراعية التى كانت تملكهـا وقت العمل بقانون الاصلاح الزراعى ولم تتصرف فيها ، اصدر القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧١ ونص فى مادته الأولى على أنه « استثناء من أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالاصـلاح الزراعى والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها يجوز للجمعيات الخيرية التى كانت قائمة وقت العمـل بذلك المرسوم بقانون ، الاحتفاظ بالمساحات التى كانت تملكها فى ذلك التاريخ من الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البـور والصحراوية بعد استبعاد ما سبق لها التصرف فيه من هذه الأراضى

قبل العمل بأحكام هذا القانون ، ويصدر بتحديد الجمعيات الخيرية التى يسرى عليها هذا الحكم قرار من رئيس الجمهورية [١] .

٤١٧ مكرر (ثانيا) — تنظيم تملك الأجانب العقارات المبنية أو الأراضى الفضاء :

رأى المشرع تنظيم تملك غير المصريين للعقارات والأراضى الفضاء ، فأصدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ — والذى عمل بأحكام من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٦ أغسطس ١٩٧٦ — ونص فى مادته الأولى على أنه « مع عدم الاخلال بأحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بنظام استثمار المال العربى والأجنبى والمناطق الحرة ، يحظر على غير المصريين سواء أكانوا اشخاصا طبيعيين أو اعتباريين اكتساب ملكية العقارات المبنية أو الأراضى الفضاء فى جمهورية مصر العربية ، أيا كان سبب اكتساب الملكية ، عدا الميراث ويشمل هذا الحظر الملكية التامة وملكية الرقبة وحقوق الانتفاع . ويعتبر فى حكم التملك ، فى تطبيق أحكام هذا القانون ، الايجار الذى تزيد مدته على خمسين عاما . ويقصد بالشخص الاعتبارى غير المصرى فى تطبيق أحكام هذا القانون المبانى والأراضى ولو لم تكن خاضعة لأحكام القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ فى شأن ضريبة الأطيان أو القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ فى شأن العقارات المبينة . ويقصد بالشخص الاعتبارى غير المصرى ، فى تطبيق أحكام هذا القانون ، انه شركة — أيا كان شكلها

---

(١) نقض مدني فى اول مارس سنة ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ١٢٩ صفحة ٦٠٨ .

وجاء فى هذا الحكم ايضا أنه لاوجه لاستناد الجمعية الخيرية فى عدم سريان القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ عليها ، الى أن المادة ٢/هـ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الاصلاح الزراعى اجازت للجمعيات الخيرية التصرف فى القدر الزائد عن المائتى فدان خلال عشر سنوات تنتهى فى ٨ سبتمبر سنة ١٩٦٢ ، ذلك ان هذه الفقرة تعتبر ملغاه بما نصت عليه المادة ١٢ من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ من الغاء كل نص يخالف احكامه، هذا مع مراعاة الاستثناء الذى قرره المشرع بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧١ .

القانونى — لا يملك المصريون ثلثى رأس مالها على الأقل ، ولو كانت قد انشئت فى مصر طبقا لأحكام القانون المصرى » .

وقد أورد المشرع فى المادة الثانية من القانون المشار اليه الحالات التى استثناها من الحظر السابق ، فنصت على أنه « إستثناء من الحظر المنصوص عليه فى المادة السابقة ، يجوز لغير المصرى اكتساب ملكية العقارات المبنية والأراضى الفضاء فى الأحوال الآتية : (أ) اذا كانت ملكية العقار لحكومة أجنبية لاتخاذه مقرا لبعثتها الدبلوماسية أو القنصلية أو لسكنى رئيس البعثة وذلك بشرط المعاملة بالمثل ، أو كانت الملكية لاحدى الهيئات أو المنظمات الدولية (١) . (ب) فى الحالات التى يوافق عليها مجلس الوزراء والتى تتوافر فيها الشروط الآتية (٢):

١ — ان يكون التملك لمرة واحدة بقصد السكنى الخاصة للفرد أو لاسرته أو لمزاولة نشاطه الخاص . ويقصد بالاسرة الزوجان والابناء القصر .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة الثانية من فقرتها (أ) من القانون الخاص بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والاراضى الفضاء قد اجازت استثناء من الحظر المنصوص عليه فى المادة الأولى لغير المصرى اكتساب ملكية العقارات المبنية والاراضى الفضاء اذا كانت ملكية العقار لحكومة أجنبية لاتخاذه مقرا لبعثتها الدبلوماسية او القنصلية أو لسكنى رئيس البعثة وذلك بشرط المعاملة بالمثل او كانت الملكية لاحدى الهيئات أو المنظمات الدولية (نقض مدنى فى ١٧ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد ١ صفحة ٢٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لئن حظرت المادة الأولى من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والارض الفضاء فى جمهورية مصر العربية ايا كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث ، الا ان البند (ب) من المادة الثانية من القانون المذكور استثنى من هذا الحظر الحالات التى يوافق عليها مجلس الوزراء بالشروط التى نص عليها فى البند المذكور ، مما مفاده انه اذا تمسك الطاعن بأنه عرض طلب استثناء التصرف الصادر له من المطعون عليهم على مجلس الوزراء بعد استيفاء كافة الشروط المنصوص عليها فى البند المذكور وقدم الدليل على ذلك ، تعين على محكمة الموضوع ان تتثبت من عدم صدور قرار مجلس الوزراء ، الموافقة على التصرف قبل ان تقضى ببطلانه (نقض مدنى فى ١٩ مايو سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ رقم ٢٧٧ صفحة ١٥٣٤) .

٢ — ألا تجاوز مساحة العقار بملحقاته، لأى من الغرضين المحددين فى البند السابق ، ألف متر مربع •

٣ — أن يحول عن طريق أحد المصارف المرخص لها نقدا أجنبيا قابلا للتحويل بالسعر الرسمى يعادل قيمة العقار التى يقدر على أساسها الرسم النسبى المستحق على شهر المحرر •

٤ — ألا تكون ملكية العين حصة شائعة مع مصرى • ويجوز لمجلس الوزراء الاستثناء من الشروط المتقدمة كلها أو بعضها ، وذلك فى الحالات التى تقتضيها مصالح البلاد القومية أو الاقتصادية أو متطلبات التنمية الاجتماعية أو بعضها ، وذلك فى الحالات التى تقتضيها مصالح البلاد القومية أو الاقتصادية أو متطلبات التنمية الاجتماعية أو اعتبارات المجاملة • وفيما عدا هذه الحالات المستثناه ، يجب على غير المصرى الذى يملك أرضا فضاء للاغراض المشار اليها فى البند (ب) ، أن يقيم عليها البناء خلال مدة لا تجاوز سنتين من تاريخ التملك ، وان يستورد المواد اللازمة للبناء ، أو يسدد قيمتها بالنقد الأجنبى القابل للتحويل بالاسعار والشروط التى يحددها وزير الاسكان والتعمير • واذا لم يتم البناء خلال هذه الفترة جاز للدولة اعادة البيع للغير على حسابه ، ويعوض المالك بما يعادل ثمن الشراء على ان يؤول الفرق بين ثمن الشراء وثمن البيع الى الدولة • وتحتسب مدة السنتين من تاريخ العمل بهذا القانون بالنسبة لغير المصريين الذين يمتلكون أراضى فضاء فى هذا التاريخ » •

ثم اصدر المشرع القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٥ نص فى مادته الاولى على أن « تلغى سلطة مجلس الوزراء فى الموافقة على استثناء بعض الحالات من شروط اكتساب غير المصريين ملكية العقارات المبنية والأراضى الفضاء المقررة فى الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنيـــة والأراضى الفضاء » •

ثم صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٦ معدلا الفقرة ٣ من البند (ب) من المادة الثانية من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ على النحو التالى : « أن يحول عن طريق أحد مصارف القطاع العام التجارية نقدا أجنبيا قابلا للتحويل بالسعر المعلن لدى مجمع النقد الأجنبى بالمصارف التجارية مزيدا بالعلاوة يعادل قيمة العقار الذى يقدر على أساسها الرسم النسبى المستحق على شهر المحرر ، على الا يقل ثمن المتر فى هذه العقارات عن خمسمائة دولار أمريكى ، ولمجلس الوزراء أن يقرر رفع هذا الحد الأدنى » .

وحظرت المادة الثالثة من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ على غير المصرى الذى اكتسب ملكية عقار وفقا لأحكام البند (ب) من المادة الثانية منه أن يتصرف فيه بأى وجه من وجوه التصرفات الناقلة للملكية قبل مضى خمس سنوات من تاريخ اكتسابه الملكية .

ورتب المشرع فى المادة الرابعة من القانون المذكور على كل تصرف يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز شهرة . كما رتب جزاء البطلان على كل تصرف ابرم بقصد التحايل على أحكام هذا القانون وعلى كل شرط يرمى الى ضمان تنفيذ مثل ذلك التصرف الصورى أو الى ترتيب التزام بالتعويض أيا كان نوعه فى حالة عدم تنفيذ التصرف . وأجاز لكل ذى شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان واجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

ونصت المادة الخامسة من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ على انه « مع عدم الاخلال بما نص عليه فى الفقرة الأخيرة من البند (ب) من المادة ٢ وحكم المادة ٣ من هذا القانون ، تبقى التصرفات التى تم شهرها قبل العمل بهذا القانون صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية . أما للتصرفات التى لم يتم شهرها قبل العمل بهذا القانون فلا يعتد بها ولا يجوز شهرها الا اذا كانت قدمت بشأنها طلبات شهر الى مأموريات الشهر العقارى أو أقيمت عنها دعاوى صحة تعاقد أمام القضاء أو

استخرجت بشأنها تراخيص بناء من الجهات المختصة وذلك كله قبل ٢١ من ديسمبر سنة ١٩٧٥ » •

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بان المشرع بعد أن أورد فى المادة الأولى من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ حكما جديدا ـ يسرى من يوم نفاذه ـ حظر بمقتضاه كأصل عام على غير المصريين اكتساب ملكية العقارات المبينة والأراضى الفضاء الا فى حدود الاستثناءات والضوابط التى تكفلها نصوصه وذلك دون أن يرتد أثر هذا الحظر الى الماضى . عمد فى المادة الخامسة منه الى التفرقة بين التصرفات التى تم شهرها قبل تاريخ العمل بالقانون والتصرفات التى لم تكن قد أشهرت حتى هذا التاريخ • فابقى على التصرفات الأولى صحيحه ومنتجه لاثارها القانونية وفقا لما قررته الفقرة الأولى من المادة المذكورة ؛ ذلك ان هذه التصرفات هى التى ترتب عليها كسب الملكية قبل نفاذه . فرأى المشرع حماية لهذا الحقوق المكتسبة واحتراما للأوضاع المستقرة الابقاء عليها وعدم المساس بها أعمالا لقاعدة عدم رجعية القوانين على ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون • أما بالنسبة للتصرفات غير المشهرة قبل تاريخ العمل به . فانه لايترتب عليها اكتساب الملكية العقارية ـ وفقا لما يقضى به القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى فى مادته التاسعة من ان حق الملكية العقارية لاينتقل سواء بين المتعاقدين أو غيرهم الا بالتسجيل ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن ؛ ومن ثم فان المشرع ـ أعمالا للأثر الفورى لحكم الحظر المنصوص عليه من المادة الخامسة على عدم الاعتداد بتلك التصرفات وعدم جواز شهرها • لما كان ذلك ، فان نص هذه الفقرة المطعون عليها يكون قد طبق حكم الحظر المشار اليه فى المادة الأولى من القانون بأثر مباشر من تاريخ نفاذه دون ان ينطوى على أى أثر رجعى يتضمن المساس بالملكيات العقارية القائمة والتى ثبتت لأصحابها الأجانب قبل بدء العمل به (١) •

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى أول يناير سنة ١٩٨٣ فى الدعوى =

الفصل الثانى

قيود ترد على حق الملكية للمصلحة الخاصة

٤١٨ — تصنيف هذه القيود :

ترجع هذه القيود بوجه عام الى الجوار ما بين الملاك • فهناك قيد عام يلزم الجار بألا يستعمل ملكه بحيث يضر بجاره ضررا غير مألوف ، وهذا ما نبحثه فى الفرع الاول من هذا الفصل • ثم هناك حالات خاصة فى الجوار ، وهذا ما نبحثه فى الفرع الثانى •

وهذه الحالات الخاصة هى (أولا) حالات ترجع الى الرى والصرف ، من شرب ومجرى ومسيل ، وهذه هى موضوع المبحث الأول من الفرع الثانى • (ثانيا) حالات ترجع الى التلاصيق فى الجوار ، وتتعلق بوضع الحدود وحق المرور والمطلات ، وهذه هى موضوع المبحث الثانى من نفس الفرع (١) •

= رقم ٢٦ لسنة ١ قضائية مجموعة احكام تلك المحكمة الجزء الثانى رقم ١٢ صفحة ٦٧ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بيانا لهذه القيود: « فالقيود القانونية ... قد تكون قيود اقتضتها التزامات الجوار ، وهى التزامات قررها القضاء المصرى مستلهما فيها الشريعة الاسلامية ، وقننها المشروع على الوجه الذى قرره القضاء . وقد تكون مايسميه التقنين الحالى (السابق) بحقوق الارتفاق • وقد نقلها المشروع من المكان المخصص لحقوق الارتفاق الى المكان الذى ينبغى أن توضع فيه بين القيود القانونية التى ترد على حق الملكية . وهى قيود متنوعة ، منها ما يرجع الى الانتفاع بالمياه . وقد عنى المشروع بتنظيم هذه القيود العناية التى تنبغى لبلد زراعى ... وقد ادمج المشروع احكام التقنين المدنى (السابق) والأحكام الأساسية للائحة الترع والجسور ، واستخلص من كل هذا نصوصا موحدة . بدأت بتقرير حق المالك على المساقى والمصارف الخاصة ، ولكنها قيدت هذه الملكية تقييدا هاما فى مصلحة الجار . فقررت حق الشرب للملاك المجاورين ، واجازت لهم أن يستعملوا المسقاة او المصرف المملوك للجار فيما تحتاج اليه اراضيهم من رى أو صرف بعد أن يستوفى المالك حاجته • ثم قرر المشروع حق المجرى للمياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه،وكذلك حق المسيل لمياه =

وقد سبق أن بحثنا ، فى عقد الايجار ، حقوق مستأجرى الأماكن ، ومستأجرى الأراضى الزراعية ، وليست هذه الحقوق الا بمثابة قيــود ترد على الملكية ، ويزداد عبؤها كل يوم .

الفرع الأول

القيود التى ترجع الى الجوار بوجه عام (*)

(مضار الجوار غير المألوفة)

٤١٩ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٠٧ مدنى على ما يأتى :

= الصرف الآتية من الأراضى المجاورة ، . . . ، وعالج ما ينجم عن هذه الحقوق من ضرر ، فقرر حق التعويض اذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها . ووحد جهة الاختصاص التى تفصل فى هذه المسائل ، فجعلها الجهات الادارية المبينة فى لائحة الترع والجسور ، بعد أن كان الاختصاص مشتركا بينها وبين المحاكم — ومن القيود القانونية ما يرجع الى حق المرور ، ولايقرر التقنين الحالى (السابق) هذا الحق الا لأرض لا اتصال لها اصلا بالطريق العام ، أما المشروع فيقرره أيضا لأرض لها اتصال بالطريق العام ولكن بممر غير كاف . ثم يضع قيداً معقولا ، اذ يقرر أنه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى اجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا فى هذه الأجزاء . . . ومن القيود القانونية ما يرجع الى التلاصق فى الجوار . وقــد رتب المشروع على هذا التلاصق أن يكون لكل مالك الحق فى اجبار جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة . . . ومما يترتب ايضا على التلاصق فى الجوار الا يكون للجار على جاره مطل على مسافة تقل عن متر ، وقد اخذ المشروع عن التقنين الحالى (السابق) هذا الحكم . وزاد عليه أن منع المطل المنحرف على مسافة تقل عن نصف متر ، ونص صراحة على ان المناور يباح فتحها على اية مسافة ، وحسم خلافا فى كسب المطل بالتقادم » (مجموعة الأعمــال التحضيرية ٦ ص ٦ — ص ٨) .

(*) مراجع :

Ihering فى القيود المفروضة على ملاك العقارات لمصلحة الجيران : الاعمال المختارة ترجمة Meuleneare سنة ١٨٩٣ جزء ٢ ص ١٠١ وما بعدها — Vercesco فى دراسة عامة فى القيود التى ترد علىحق الملكية =

« — على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار » .

« ٢ — وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لايمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الى الاخر ، والغرض الذى خصصت له ؛ ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصه دون استعمال هذا الحق » (١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء

= رسالة من باريس سنة ١٩٠١ — Ripert فى استعمال حق الملكية فيما يتعلق بالملكيات المتجاورة رسالة من اكس سنة ١٩٠٢ Farge فى الجوار فى الأحياء الصناعية رسالة من جرينوبل سنة ١٩٢٣ — Demogue فى الالتزامات بوجه عام سنة ١٩٢٤ الجزء الرابع ص ٣٩٦ وما بعدها Leyat فى المسئولية فى علاقات الجيران رسالة من تولوز سنة ١٩٣٦ — مازو فى المسئولية المدنية الطبعة الرابعة الجزء الأول فقرة ٥٩٣ وما بعدها — Savatier فى المسئولية المدنية الطبعة الثانية الجزء الأول سنة ١٩٥١ فقرة ٧٠ وما بعدها — Capitant فى التزامات الجوار فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠ ص ١٥٦ وما بعدها و ص ٢٢٨ وما بعدها — وتعليقه فى داللوز ١٩٠٨ — ٢ — ٤٩ — Apert فى حقوق المالك قبل جيرانه فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٦ ص ٧١ وما بعدها — وتعليقه فى سيريه ١٩٠٥ — ٢ — ٤١ — Repert تعليقه فى داللوز ١٩٠٧ — ١ — ٣٨٥ — Crouzel فى دراسات فى المسئولية المدنية فى Rev. gen. dr. سنة ١٩١٩ ص ٢٠ وما بعدها وص ٢٦٩ وما بعدها وسنة ١٩٢٠ ص ١٤٠ وما بعدها .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٦٩ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا ان المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى : « للمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث فى العين المجاورة ، أن يقاضى الحائز لهذه العين حتى يتخذ كل ما يلزم لاتقاء الخطر ، دون اخلال بحقه فى التعويض . وللمالك ايضا ان يطلب وقف الاعمال او اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة ، ريثما تفصل المحكمة فى النزاع » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد حذف هذه الفقرة الثالثة اكتفاء بالقواعد العامة ، واصبح رقم النص ٨٧٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٤، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٨ — ص ٣٤) .

المصرى كان يطبق هذه الأحكام ، مقتفيا فى ذلك أثر القضاء الفرنسى ، ومهتديا بأحكام الشريعة الاسلامية (١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٧٦ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨١٦ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٥١ — ولا مقابل للنص فى قانون الملكية العقارية اللبنانى ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى الكويتى — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٢٧ (٢) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « هذا نص جوهرى فى المشروع يقرر التزامات الجوار فيجعلها التزامات قانونية . وهى الآن (فى التقنين المدنى السابق) التزامات لا مصدر لها الا القضاء المصرى ، قررها مهتديا فى تقريرها بالشريعة الاسلامية ، نقننها المشروع كما هى مقررة فى القضاء المصرى وفى الشريعة الاسلامية معا . فأصبحت التزامات مستقرة ثابتة لها مصدر معروف هو نص القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١) .

وانظر فى احكام القضاء المصرى : محكمة استئناف مصر ٢٦ ابريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ١٣٣ ص ٣٠١ — الاسكندرية الوطنية ٢ اكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٧١ ص ٧٥٣ — استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ٢٦ — ٢٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١١ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٣٦ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ — وانظر مناقضا لذلك : استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٥٣ — ١٠ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٤٧ .

وانظر فى الشريعة الاسلامية : م ٥٧ — ٦٣ مرشد الحيران — وم ١١٩٥ — ١٢٠٩ مجلة الأحكام العدلية .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٧٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٥١ : ١ — لايجوز للمالك ان يتصرف فى ملكه تصرفا مضرا بالجار ضررا فاحشا ، والضرر الفاحش يزال ، سواء كان حادثا او قديما . ٢ — وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر او اعمال اخرى تحدث فى العين المجاورة ، ان يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر ، وله ايضا أن يطلب وقف الاعمال او اتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة فى النزاع . ٣ — واذا كان احد يتصرف فى ملكه تصرفا مشروعا ، فجاء آخر وأحدث فى جانبه بناء وتضرر من فعله ، فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه » . =

والنص كما نرى يعرض لمضار الجوار غير المألوفة ، ويوجب مسئولية المالك عنها . ومن هنا كان التزام المالك بألا يحدث ضررا غير مألوف لجاره قيدا يرد على حق الملكية ، وهو أقرب الى أن يكون التزاما عينيا (obligation réelle) لأنه يرافق الملك وينتقل معه أين ذهب (١).

وتحدد أولا حالة مضار الجوار غير المألوفة ، لتمييزها عن غيرها من الحالات التى تلتبس بها ، ونبحث بعد ذلك تقدير الضرر غير المألوف، والأساس القانونى الذى يقوم عليه الالتزام بالتعويض عنه ، وكيف يكون هذا التعويض .

المبحث الأول

تحديد حالة مضار الجوار غير المألوفة

٤٢٠ — وجوب التمييز بين حالات ثلاث :

حتى نحدد حالة مضار الجوار غير المألوفة تحديدا دقيقا ، فلاتلتبس بغيرها من الحالات التى تقرب منها ، يجب أن تميز بين حالات ثلاث :

١ — حالة الخطأ فى استعمال حق الملكية .

٢ — حالة التعسف فى استعمال حق الملكية .

= (وأحكام هذا النص تتفق فى مجموعها مع أحكام نص التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن النص لا تتعارض أحكامه مع القواعد العامة) . وقد ورد فى المادة ٦٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانى ما يأتى : « يتحتم على كل صاحب عقار يريد ان يباشر فى أرضه أعمالا من شأنها ان تلحق ضررا بالأراضى المجاورة ، كالنقب والسبر والحفر واقامة مشروعات خطرة أو مزعجة أو مضرة بالصحة ، ان يتقيد بالأنظمة المحلية التى تحدد المسافة الواجب حفظها بينه وبين تلك الأراضى ، أو تعين الحواجز الواجب اقامتها بينهما » .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل للنص فيه ، ولكن تعمل بأحكامه لانها لاتتعارض مع القواعد العامة .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٢٧ (مطابق) .

(١) أنظر آنفا فقرة ١٠٠ .

٣ — حالة مضار الجوار غير المألوفة (١) .

١ — الخطأ فى استعمال حق الملكية

٤٢١ — مخالفة المالك للقوانين واللوائح :

قدمنا أن حق الملكية ليس حقا مطلقا ، وأن المالك فى استعماله اياه يجب أن يعمل فى حدود القوانين واللوائح التى تقيد من حق الملكيـــة . فاذا هو أخل بأى التزام فرضته عليه هذه القوانين واللـــوائح ، كان الاخلال بهذا الالتزم خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية .

وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادة ٨٠٦ من القانون المدنى أن حق الملكية ليس حقا مطلقا وان المالك فى استعماله اياه يجب أن يعمل فى حدود القوانين واللوائح ، فاذا أخل بأى التزام فرضـــته عليه هذه القوانين واللوائح كان الاخلال بهذا الالتزام خطأ يســتوجب المسئولية التقصيرية ، ومن ثم فان الجار الذى يخالف القيود القانونية يرتكب خطأ ، فاذا ترتب على خطئه هذا ضرر للجار فانه يلتزم بتعويض الجار عن هذا الضرر مهما ضؤل ، ويستوى فى ذلك ان يكون الضرر ماديا أصاب الجار فى مصلحة مادية أو أدبية بأن أصـــاب الجار فى معنوياته ومنها شعوره بالاعتداء على حق له (٢) .

فاذا أدار المالك مثلا محلا مقلقا للراحة أو مضرا بالصـــحة أو

---

(١) ويلاحظ أن هذه الحالات الثلاث ليست مقصورة على حق الملكية ، بل هى حالات عامة تشـــمل الملكية وغيرها . فالخطأ يتنـــاول المســئولية التقصيرية ، والتعسف فى اســتعمال حق الملكية هو فرع عن التعسف فى استعمال الحق بوجه عام ، ومضار الجوار غير المألوفة تشمل المالك والمنتفع والمستأجر وغيرهم من الجيران . ولكننا نقتصر هنا على تطبيق هذه الحالات على حق الملكية دون غيره .

(٢) نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٨٢ مجموعة احكام النقض السنة ٣٣ رقم ١٧٧ صفحة ٩٨٤ .

خطرا ، دون أن يحصـل على رخصة فى ادارته ، ودون أن يراعى الاشتراطات التى أوجبتها اللوائح فى هذا الشأن . فانه يكون قد ارتكب خطأ . فاذا ترتب على هذا الخطأ ضرر يلحق جيرانه ، كان عليه أن يعوض هذا الضرر وفقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية . وكذلك اذا أدار محلا عاما دون أن يراعى الأحكام التى فرضتها اللوائح فى هذا الشأن ، أو ركب آلة بخارية دون أن يحصل على رخصة ادارية مخالفا بذلك أحكام اللوائح . وتسبب عن المحل العام أو عن الآلة البخارية ضرر للجيران . وجب عليه تعويض هذا الضرر طبقا لأحكام المسئولية التقصيرية . والى هنا لا يوجد جديد ، فنحن فى نطاق القواعد العامة نطبقها كاملا على المالك اذا أضر جيرانه فى استعمال ملكيته (١) .

٤٢٢ — أرتكاب المالك خطأ :

وقد لا يرتكب المالك مخالفة للقوانين واللوائح اذا وجدت ، ومع ذلك قد يرتكب خطأ تقصيريا فى استعماله لملكه ، وذلك بأن ينحرف فى هذا الاستعمال عن سلوك الشخص المعتاد . فاذا تسبب عن هذا الانحراف أن أضر بجاره ، فانه يكون مسئولا مسئولية تقصيرية فى حدود القواعد العامة .

مثل ذلك أن يهمل فى تجنيب جاره خطر الحريق ، فيشعل النار وهو فى ملكه ، وقد تكون حرفته التى يمارسها فى المكان الذى يملكه تقتضى اشعال النار . فينبعث منها شرر الى الجار ، يكون سببا فى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حق الارتفاق طبقا للمادة ١٠١٥ من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلا بتكليف لفائدة الثانى ، وهو وان لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكيته الا انه ينتقص من نطاقها فيحرمه من القيام بأعمال فى عقاره كان له الحق فى أن يقوم بها لولا وجود حق الارتفاق ، كما انه يوجب عليه الا يمس فى استعماله الحقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوق استعماله امر ينقصه او يجعله اكثر مشقة (نقض مدنى فى ١٠ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٩٩ صفحة ١١٥٨) .

احداث حريق عنده (١) . ومثل ذلك أيضا أن يحدث ضجيجا فى الدار التى يملكها ، وكان فى وسعه ألا يحدث هذا الضجيج ولا هو فى حاجة اليه ، فيقلق راحة جاره بهذا الضجيج . ومثل ذلك أخيرا أن يستعمل المكان الذى يسكنه ، وهو دار للسكنى فى حى هادىء ، مكانا للرقص والحفلات الصاخبة ، فينحرف بذلك عن سلوك الشخص المعتاد ، ويكون مسئولا نحو جيرانه الذين أقلق راحتهم بهذا الصخب . وكذلك الحال فى أى تصرف للمالك ينحرف فيه عن سلوك الشخص المعتاد ، فيصيب جاره بالضرر ، فأنه يكون مسئولا عن تعويض هذا الضرر مهما كان ضئيلا ، وذلك طبقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية (٢) .

والى هنا أيضا لا يوجد شىء جديد ، فالمالك قد ارتكب خطأ بانحرافه عن سلوك الشخص المعتاد ، فأضر بالجار . فيكون مسئولا عن تعويض أى ضرر يصيب الجار ، مهما ضؤل هذا الضرر . وليس فى هذا الا تطبيق للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية (٣) .

---

(١) نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٩ — ١ — ٥٣ — ٧ مارس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٥٠٢ .

(٢) نقض فرنسى ١٩ يناير سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٦ — ١ — ١٤٥ — ٧ فبراير سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤ — ١ — ٢٣٩ — ١٦ يونيه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ٥ — ٢٣ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٥٧ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المالك يرتكب خطأ اذا استعمل فى حى قديم متداعية مبانيه طريقة حديثة فى البناء ، من شأنها أن تحدث هزات شديدة تترتب عليها زعزعة المبانى المجاورة (استئناف مختلط ٣١ اكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٦٥) .

(٣) ولا جديد ايضا فيما نصت عليه المادة ١٧٧ / ١ مدنى من أن « حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداما جزئيا ، ما لم يثبت ان الحادث لا يرجع سببه الى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء او عيب فيه » . فالمسئولية هنا قائمة على خطأ ذى شقين ، احدهما قابل لاثبات العكس والآخر غير قابل لذلك . فعلى المضرور أولا أن يثبت ان الضرر الذى أصابه نجم من تهدم البناء ، فاذا ما اثبت ذلك ، كان على حارس البناء حتى يدفع مسئوليته أن يثبت ان تهدم البناء لا يرجع سببه الى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء او عيب فيه . وهو يستطيع ذلك باثبات أن البناء لم يكن فى حاجة الى صيانة =

٢ — التعسف فى استعمال حق الملكية

٤٢٣ — صور التعسف فى استعمال حق الملكية :

يتحقق التعسف فى استعمال حق الملكية ، كالتعسف فى استعمال أى حق آخر ، فى صور ثلاث نصت عليها المادة ٥ مدنى اذ تقول : « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية : (أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . (ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (جـ) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة (1) » .

٤٢٤ — قصد الاضرار بالغير :

هذه هى أول صورة من صور التعسف ، وهى أكثر الصور وضوحاً . فلو أن المالك ، وهو يستعمل حق الملكية ، كان الدافع له على ذلك هو احداث ضرر للجار دون أن يصيب منفعة من ذلك ، كان استعماله لحق الملكية على هذا النحو تعسفاً يستوجب مسئوليته .

مثل ذلك أن يغرس المالك أشجاراً فى أرضه ، بقصد حجب النور

= أو الى تجديد أو الى اصلاح ، وهذا هو الشق المفروض فرضاً قابلاً لاثبات العكس كما نرى . فاذا لم يستطع ان ينفى هذا الشق ، بقى مفروضاً فى جانبه . وكذلك يبقى الشق الثانى مفروضاً ، ولكن الفرض هنا غير قابل لاثبات العكس ، ويعتبر الاهمال فى الصيانة أو التجديد أو الاصلاح منسوباً الى خطأ الحارس (انظر الوسيط الجزء الأول ، المجلد الثانى الطبعة الثالثة المنقحة فقرة ٧٢١) . والمسئولية هنا تقوم فى جانب الحارس لا المالك ، ولكن الكثرة الغالبة من الأحوال أن يكون الحارس هو عين المالك . ثم تنص المادة ٢/١٧٧ مدنى على ما يأتى : « ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء ان يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه » . وهنا المسئول عن اتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر هو المالك [illegible] الفقرة الثالثة التى حذفت من نص المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٧ مدنى [illegible]

(1) [illegible] النظرية التعسف [illegible] استعمال حق الملكية مجلة القانون والاقتصاد ١٧ ص [illegible] وما بعدها .

عن جاره ، ويؤخذ قرينة على قصد المالك الاضرار بجاره ألا يكون له نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذى اختاره مع علمه بالضرر الذى يلحق الجار ، فيعتبر متعسفا المالك الذى يقيم حائطا فى حدود ملكيته يستر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له (١) . أما اذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل الجار على داره أو على حديقته ، فلا تعسف ولا تعويض (٢) ، واذا أقام المالك فى ملكه مدخنة لا نفع له منها ، وانما قصد بها ايذاء الجار ، فانه يكون متعسفا (٣) . أما اذا أقامها لنفع منها يقصده ، ولكنه وضعها فى مكان يؤذى به الجار وكان يمكن تجنب هذا الأذى لو أنه أقامها فى مكان آخر ، فانه لا يكون متعسفا ، ولكنه يكون قد ارتكب خطأ فى استعمال حق ملكيته اذ انحرف فى هذا الاستعمال عن سلوك الشخص المعتاد (٤) .

---

(١) استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ رقم ٨٦ ص ١٢٦ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ — استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٤٩ ص ٧٢٣ — مصر الكلية ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣١ ص ٧٤ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المالك يكون قد أساء استعمال حقه اذا أقام على حدود ملكه بناء تصل قمته الى نصف ارتفاع الطبقة التالية من عقار الجار ، وكان ذلك لمجرد مضايقة هذا الجار (استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩٠٩ م ٣١ ص ٢٥٢) . وقضى بأنه لا حق للجار فى مطالبة جاره بتعويض ما يلحق زراعته من الضرر بسبب ظل اشجاره ، الا اذا ثبت أن صاحب الشجر تعمد بغرسه الاضرار به أو أهمل فى اتباع الأصول الزراعية ، وفى غير هاتين الحالتين يعتبر ما يحدثه الظل من الأضرار العادية التى لا مفر للجيران من التسامح فيها (الزقازيق الجزئية ٢٢ اكتوبر ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١١٢ ص ٢٢٤) .

وقد قضت المادة ١٠٢٥ من التقنين المدنى الأردنى على ما يأتى : « حجب الضوء عن الجار يعد ضررا فاحشا فلا يسوغ لأحد أن يحدث بناء يسد به نوافذ بيت جاره سدا يمنع الضوء عنه والا جاز للجار أن يطلب رفع البناء دفعا للضرر » .

(٢) استئناف مختلط ١ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣ [illegible]

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٢٢٢ ص ١٦٩ — (Colmar) ٢ مايو سنة ١٨٥٥ داللوز ٥٦ — ٢ — ٩ .

(٤) استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٦ ص ٨ .

٤٢٥ — رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا :

وهذه الصورة الثانية من صور تعسف المالك فى استعمال حق ملكيته لا يتبين فيها على وجه قاطع أن المالك قد قصد الاضرار بالجار . ولكن يثبت أن « المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » . ومن يفعل ذلك « فهو اما عابث مستهتر لا يبالى بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه ، واما منطو على نية خفية يضمر الاضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها . وفى الحالتين يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وارتكب خطأ يستوجب مسئوليته » (١) .

مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٨١٨/٢ مدنى اذ تقول : « ومع ذلك فليس للمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر بالحائط » . وقد أورد التقنين المدنى الأردنى نصا مطابقا فى المادة رقم ١٢٧٩/٢ . فالمالك الذى يهدم حائطه انما يستعمل حق ملكيته ، ولكن اذا كان الهدم دون عذر قوى ، أى لا يحقق الا مصلحة محدودة الأهمية ، فان مصلحة الجار الذى يستتر بالحائط فى بقائه مستترا به ترجح رجحانا كبيرا مصلحة المالك فى هدم الحائط . ومن ثم يعتبر هدم الحائط تعسفا فى استعمال حق الملكية ، ويستوجب مسئولية المالك .

ومثل ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١٠٢٩ مدنى من أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . فهنا يكون استعمال المالك لحق الارتفاق لا نفع له منه ، أو ذا نفع محدود الأهمية لا يتناسب البتة مع أعباء حق الارتفاق الواقعة على الجار . ويكون اضرار المالك

---

(١) الوسيط الجزء الأول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الثانى فقرة ٥٦١ .

على استعمال حق الارتفاق بالرغم من ذلك تعسفا منه فى اســتعمال هذا الحق (واستعمال حق الارتفاق ضرب من استعمال حق الملكية) ، ومن ثم نص القانون على جواز أن يطلب الجار التحرر من حق الارتفاق .

ونظير ما تقدم فى المثل السابق ما نصت عليه المادة ١٠٢٣/٢ مدنى اذ تقول : « ومع ذلك اذا كان الموضع الذى عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعا من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقـــل الارتفاق الى موضع آخر من العقار ، أو الى عقار يملكه هو أو يملكه أجنبى اذا قبـل الاجنبى ذلك ، كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجـديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضـــعه الســابق » .

وقد قضت محكمة النقض بأن حق الارتفاق طبقا للمادة ١٠١٥ من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحـد من منفعة الاول ويجعله مثقلا بتكليف لفائدة الثانى ، وهو وان لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكه الا أنه يوجب عليه الا يمس فى اســتعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق ، فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة . ومع ذلك فقد أجازت له المادة ١٠٢٣ من القانون المدنى فى حالة ما اذا كان الوضع الذى عين أصلا لاستعمال حق الارتفاق قـــد اصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصـبح الارتفــاق مانعا من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، أن يطلب نقل الارتفــاق الى موضع آخر متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضعه السابق ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (١) .

---

(١) نقض مدنى فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٩١ صفحة ٥٤٨ .

٤٢٦ — عدم مشروعية المصالح التى يرمى المالك الى تحقيقها :

وفى هذه الصورة الثالثة من صور التعسف فى استعمال حق الملكية، لايقصد المالك الاضرار بالجار كما فى الصورة الأولى ، وليس للجار مصلحة ترجح رجحانا كبيرا مصلحة المالك كما فى الصورة الثانية ، بل ان المالك فى استعمال حق الملكية انما يقصد الى تحقيق مصلحة غير مشروعة . فيكون المالك فى هذه الصورة متعسفا فى استعمال حق ملكيته ، وتتحقق مسئوليته قبل الجار الذى أضر به على هذا الوجه .

مثل ذلك المالك الذى يضع أسلاكا شائكة أو أعمدة مدببة فى حدود ملكه ، حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها فى أرض مجاورة أن تشترى منه أرضه بثمن مرتفع ، فيكون متعسفا فى استعمال حق ملكيته ويلزم بازالة الاسلاك الشائكة او الاعمدة المدببة (١) . ومثل ذلك أيضا مالك العقار أجر عقاره لمن أقام عليه مصنعا . واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع ، فيمتنع المالك من الترخيص للمستأجر (بائع المصنع) فى الايجار الباطن لمشترى المصنع ، وذلك لاتوقيا لضرر ، بل سعيا وراء كسب غير مشروع يجنيه من المستأجر . وقد قضى القانون فى هذه الحالة بابقاء الايجار للمشترى اذا قدم ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق ، وذلك جزاء لتعسف المالك فى استعماله لحق ملكيته وامتناعه عن الترخيص فى الايجار من الباطن . وتنص المادة ٥٩٤/٢ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « ومع ذلك اذا كان الأمر خاصا بايجار عقار انشىء به مصنع أو متجر ، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع او المتجر ، جاز للمحكمة، بالرغم من وجود الشرط المانع ، أن تقضى بابقاء الايجار اذا قدم المشترى ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق » . ومثل ذلك أخيرا المالك الذى يتخذ من داره ملتقى للمشتبه فى سلوكهم ، أو منزلا للدعارة ، أو مأوى للصوص .

---

(١) نقض فرنسى ٣ اغسطس سنة ١٩١٥ داللوز ١٧ — ١ — ٧٩ — كاربونييه ص ١٩٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المالك يسىء استعمال حقه اذا هو أحاط ارضه بأسلاك شائكة ، وهو يقصد بتلك منع الانتفاع بالمطار المجاور له ، بأن يجعل هبوط الطائرات فيه محفوفا بالمخاطر (استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١١) .

٣ — مضـــار الجوار غير المألوفة

٤٢٧ — وجوب تمييز حالة مضار الجوار غير المألوفة عن الحالتين السابقتين :

والآن نفرض أن المالك قد أضر بجاره وهو يستعمل حق ملكيته ، ولكنه في هذا الاستعمال لم يرتكب أي خطأ ، فلم يخالف القوانيـــن واللوائح ، ولم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ، ولم يفرض القانون خطأ في جانبه • وبذلك نكون قد ابتعدنا عن الحالة الأولى من الحالتين السابقتين ، حالة الخطأ في استعمال حق الملكية • كذلك يثبت أن المالك ، وهو يستعمل حق ملكيته ، لم يتعسف في استعمال حقـــه ، فلا هو قصد الاضرار بالجار ، ولا كان للجار مصلحة ترجح رجحانا كبيرا على مصلحته ، ولم يهدف المالك في استعمال حق ملكيته الى تحقيق غرض غير مشروع • وبذلك نكون قد ابتعدنا أيضا عن الحالة الثانية من الحالتين السابقتين ، حالة التعسف في استعمال حق الملكية •

ومع ذلك فان المالك ، وهو يستعمل حق ملكيته ، قد أضر بجاره ، فهل يكون مسئولا مع أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف في استعمال حقه؟ تجيب الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدني كما رأينا : « ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف » • ومن ذلك نرى أن المالك لايكون مسئولا الا اذا كان الضرر الذي أصاب الجار قد تجاوز الحد المألوف (١) ، أما اذا لم يتجاوز هذا الحد وبقي في نطاق الضرر المألوف الذي لايمكن تجنبه ما بين الجيران فهو غير مســـئول (٢) • فمسئولية المالك اذن تكون عن الضرر غير المألوف للجوار ، أي عـــن الضرر الفاحش الذي يصيب الجار (٣) •

---

(١) انظر المادة ٩٠٦ مدني ألماني والمادتين ٦٨٤ — ٦٨٥ مدني سويسري •

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٣ — وص ٢٨٦ — ص — ص ٢٨٧ — بودري وشـــوفو فقرة ٢١٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٩٥٩ ص ٣٠٠ •

(٣) اما في فرنسا ، فلا يوجد نص تشريعي كنص المادة ٨٠٧ مدني =

ويتبين فى وضوح الفرق ما بين حالة مضار الجوار غير المألوفة وحالتي الخطأ فى استعمال حق الملكية والتعسف فى استعمال هذا الحق . ففى حالة الخطأ فى استعمال حق الملكية ، يكون هناك خطأ ، ثابت أو مفترض ، فى جانب المالك ، ولذلك يعوض المالك عن الضرر مهما كان ضئيلا . وفى حالة التعسف فى استعمال حق الملكية ، يكون هناك اما قصد المالك الاضرار بالجار أو رجحان مصلحة الجار رجحانا كبيرا أو قصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة ، ولذلك يعوض المالك هنا أيضا عن الضرر مهما كان ضئيلا . اما فى حالة مضار الجوار غير المألوفة وهى الحالة التي نحن بصددها ، فلا يكون هناك أى خطأ فى جانب المالك ، ولا يكون المالك متعسفا فى استعمال حق ملكيته ، فهو لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد لا خروجا عن حدود حق الملكية ولا تعسفا فى استعمالها ، بل كل ما هنالك هو أن استعمال المالك لحق ملكيته أضر بالجار . ولذلك لا يعوض المالك جاره عن الضرر الا اذا كان ضررا غير مألوف أى ضررا فاحشا ، ولا يعوض عن الضرر المألوف أى الضرر الذى لايمكن تجنبه بين الجيران (١) .

= مصرى . وتقرير مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة كان من عمل القضاء الفرنسى ، وقد اقتضت ذلك منه التطورات الاقتصادية التى حدثت بعد صدور التقنين المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ (انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦٠) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٥ مدنى ، وهى المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق ، تدخل ضمن الصور المختلفة للتعسف فى استعمال الحق صورة يمكن ان تشمل حالة مضار الجوار غير المألوفة . فقد كان المشروع يجعل إستعمال الحق غير جائز فى صوره ما اذا كان هذا الاستعمال « من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف » . وكتبنا فى الوسيط فى هذا الصدد : « ويتبين من ذلك أن هذا المعيار الثانى ليس الا المعيار الذى يطبق فى حقوق الجوار ، وهو معيار الضرر الفاحش . وقد حذفت فى المشروع النهائى ، لأن مضار الجوار فى القانون المدنى الجديد تخرج عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفا فى استعمال للحق ، بل هو خروج عن حدود الحق » (الوسيط الجزء الأول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الثانى فقرة ٥٦٣) . وكتبنا ايضا : « ويلاحظ ان المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الجديد رسمت حدا لحق الملكية ، فقضت الا يغلو المالك فى استعمال =

٤٢٨ — الشروط الواجب توافرها فى حالة مضار الجوار غير المألوفة:

تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد :«والمبدأ الأساسى الذى وضعه النص هو نهى المالك عن أن يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار • فهناك اذن شرطان لمسئولية المالك : ضرر يصيب الجار وغلو المالك فى استعمال حقه . والمهم هو تحديد هذا الغلو ، فقد تبين أن العمل الضار بالجار لا يوجب المسئولية حتما ، بل لابد أن يكون فى العمل غلو من المالك فى استعمال حقه • وقد حددت الفقرة الثانية من النص معنى الغلو ، ورسمت له معيارا مرنا لا قاعدة جامدة • فالغلو يتصف به كل عمل يحدث ضررا غير مألوف للجار . فالمعيار اذن هو الضرر غير المألوف • ويجب التسامح فيما يحدثه الجيران بعضهم لبعض من ضرر مألوف ، والا غلت أيدى الملاك عن استعمال حقوقهم • أما اذا أحدث عمل المالك ضررا غير مألوف بالجار ، فانه يصبح مسئولا عن تعويض هذا الضرر • وهذا ما تقضى به المادة ٥٧ من كتاب مرشد الحيران ، اذ تنص على أن «للمالك أن يتصرف كيف شاء فى خالص ملكه الذى ليس للغير حق فيه ، فيعلى حائطه ، ويبنى ما يريده ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضررا فاحشا » • فالضرر الفاحش هو الضرر غير المألوف • وقد عرفته المادة ٥٩ من كتاب مرشد الحيران بما يأتى : « الضرر الفاحش ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أى المنافع المقصودة من البناء • وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية ، فليس بضرر فاحش » • ونصت المادة ٦٠ على أنه « لا يزال الضرر الفاحش ، سواء كان قديما أو حادثا » (١) •

= حقه الى حد يضر بملك الجار ، وان للجار أن يطلب ازالة مضار الجوار اذا تجاوزت الحد المألوف . فالخروج على هذا الحد الذى رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجا على حدود الحق ، لا تعسفا فى استعماله » (الوسيط الجزء الأول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الثانى فقرة ٥٥١ ص ١١٦٥ هامش ١) — قارن حسن كيرة فقرة ٩٨ ص ٣٢٠ — ص ٣٢١ — استئناف مختلط ١٧ ابريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٥ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١ — ص ٣٢ •

ويخلص من ذلك أنه يمكن ارجاع الشروط كلها التي تكون فكرة الغلو في استعمال المالك لحق الملكية ، ومعنى الغلو هنا هو أن يصيب المالك ، في استعماله لحق ملكيته ، الجار بضرر غير مألوف (١) .

---

(١) ومن التطبيقات العملية لمضار الجوار غير المألوفة المضار التي تنشأ من مجاورة المصانع ، وهي ناجمة عن الروائح الكريهة التي تنبعث منها وعما تنشره من الدخان وما تحدثه من الجلبة ، والضوضاء (نقض فرنسي ٢٠ يناير سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ — ١ — ١٥٣ — ٢٣ أكتوبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ — ١ — ٢٢٢ — ١٨ فبراير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ — ١ — ٣٨٥ — ١٨ يونيه سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ٢١٢ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٦ داللوز الأسبوعي ١٩٣٢ — ١) . وكذلك المضار التي تنشأ من مجـــاورة المسارح ودور البغاء والمستشفيات والمدارس (نقض فرنسي ٢٤ أبريل سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٦ — ١ — ٣٥ : المسارح والكازينوهات — نقض فرنسي ٣ ديسمبر سنة ١٨٦٠ داللوز ٦١ — ١ — ٢٣١ — ٨ يوليه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ٢٣١ : دور البغاء — ليموج ٥ فبراير ســـنة ١٩٠٢ La loi ٢٩ ابريل سنة ١٩٠٢ : المستشفيات — باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ — ٢ — ٣٢ والمدارس) . والمضار التي تنشأ من مجاورة السكك الحديدية بما تنشره من دخان وتحدثه من ضوضاء وتسببه من حرائق (نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ — ١ — ٤٣٩ — ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٩٣) . والمضار التي تنشأ من استغلال المناجم ومن القيام بتنفيذ الأشغال العامة : انظر في كل ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦١ — فقرة ٤٦٢ وفقرة ٤٦٤ — فقرة ٤٦٧ — انظر أيضاً بودري وشـــوفو فقرة ٢١٩ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن الجـــار ملزماً بتعويض جاره عمـــا يصيبـــه من الضرر ، ولو لم يخالف في عمله نصـــاً من نصـــوص القـــانون واللوائح ، وذلك متى كان الضرر فاحشاً متجاوزاً الحد المألوف بين الجيران . فاذا انشأت الحكومة محطة من محطات المجاري على قطعة من املاكها اقلقت ادارتها راحة السكان في حي مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم واصـــاب أملاكهم من اضرار (استئناف مصر ١٧ اكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١) . وقضى بأن شركة الفنادق التي تقيم جهـــازاً لتوليد الكهرباء في ملحق فندق تملكه تكون مســئولة عن الاضرار التي تصيب الجيران نتيجـــة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل هذا الجهاز (مصر المختلطة ٥ مايو سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٣٠٦ ص ٤٩٢) — انظر أيضاً استئناف مصر ٢٨ يناير ســـنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢١٢ ص ٣٨٠ — استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ رقم ٨٦ ص ١٢٦ — ٣١ اكتوبر سنة ١٩٠٩ م ٤٢ ص ٩ — ٧ فبراير ســـنة ١٩٣٢ م ٤٢ ص ٢٥٨ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٣ ص ٢٤ .

المبحث الثـــانى

تقدير الضرر غير المألوف والأساس القانـــون الذي يقوم عليـــه الالتزام بالتعويض عنـــه وكيف يكـــون هذا التعويض

١ — تقدير الضرر غير المألوف

٤٢٩ — اعتبارات مختلفة فى تقدير الضرر غير المألوف :

الضرر غير المألوف هو كمـــا قدمنا الضرر الذى يزيد على الحـد المعهود فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار . فاذا زاد الضرر على هذا الحـــد ، كان ضررا غير مألوف ، ووجب التعويض عنه • وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى ، كمـــا رأينا ، فى هذا الشأن : « وانما له (للجار) أن يطلب ازالة هذه المضـــار اذا تجاوزت الحـــد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقـــارات ، وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر ، والغرض الذى خصصت له » • وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد قضت المادة •• بأنه يراعى فى تحـــديد الضرر غير المألوف اعتبارات مختلفة منها : (أ) العرف • (ب) وطبيعة العقارات • (جـ) وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر • (د) والغرض الذى خصصت له • فمن ذلك يتبين أن ما يعتبر ضررا مألوفا فى ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة ، يعتبر ضررا غير مألوف فى ناحيـــة هادئة خصـــصت للمساكن دون غيرها وســـكنى العلية من الناس • فاذا فتح محل مقلق للراحة فى وسط المســـاكن الهادئة ، كان فى هذا ضرر غير مألوف تجب ازالته » (١) •

فنرى من ذلك أن معيار « الضرر غير المألوف » معيار مرن ، وليس بقاعدة جـــامدة • فيتكيف مع الظروف المختلفـــة ، ويواجه الحـــاجات

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤ .

المتغايرة ، ويستجيب لمقتضيات كل منها . وهو معيار موضوعى لا معيار ذاتى ، فلا اعتبار لحالة الجار الذاتية ، كأن يكون الجار مريضا أو منشغلا بأعمال تقتضى الهدوء التام ، فينزعج لأية حركة ولو كانت مألوفة (١) . وانما العبرة بحالة الشخص المعتاد ، وهو شخص من أوساط الناس يزعجه ما يزعج الناس عادة ويتحمل ما جرى العرف بتحمله فيما بين الجيران . فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعد ضررا غير مألوف بالنسبة اليه ، ولو كان هذا الجار يحتمل أكثر مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون له الغنم ، أو كان يحتمل أقل مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغرم .

ومن ثم كانت الاعتبارات التى يعتد بها فى تقدير الضرر غير المألوف كلها اعتبارات موضوعية ، وقد ذكر منها النص فيما رأينا ما يأتى (٢) :

(أ) العرف : فما جرت به العادة بين الجيران أن يتحمله بعضهم من بعض ، كأن يخرج المالك من داره فى وقت مبكر أو يرجع اليها فى وقت متأخر . فيحدث حركة محسوسة . وبخاصة اذا كان يستخدم السيارة فى رواحه وغدوه ، كل هذا جرى العرف باعتباره ضررا مألوفا

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٢ ص ٤٦٦ — اسماعيل غانم فقرة ١٣٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤ ص ٦٢ — وانظر فى عدم الاعتداد بالظروف الشخصية للجار فى تقدير مسئولية المالك : محمد على عرفة فقرة ١٩٣ ص ٢٤٨ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٨ — حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٧ — ص ٣٢٨ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٩ ص ٩٣ — ص ٩٤ (ويعتبر الغرض الذى أعد له العقار من الظروف الشخصية التى لا يعتد بها) — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٣ ص ٥٧ — ص ٥٨ — وانظر فى ان القضاء الفرنسى يعتد بالظروف الشخصية مازو فقرة ١٣٤٣ ص ١٩٠٧ (والأحكام التى اشار اليها) .

(٢) وتقدير ما اذا كان الضرر يعد ضررا غير مألوف على هذا النحو مسألة واقع يستقل بها قاضى الموضوع ، ولا معقب عليه من محكمة النقض (انسيكلوبيدى داللوز ٤ Propriété فقرة ١٦٤ — اسماعيل غانم فقرة ٦٣ ص ١٣٢ — حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٥ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٩ ص ٩٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٣ ص ٥٦) .

لا يمكن تجنبه ، فعلى الجيران أن يتحملوه ، وليس لهم أن يرجعوا بشىء على المالك • كذلك جرى العرف ، فى الأعياد والمواسم وفى مناسبات مختلفة ، أن تشتد الحركة ويكثر الجلب ، وبخاصة بين الصبية الصغار أو فى مناسبات الأفراح أو المآتم أو الحفلات ، فكل هذه أضرار مألوفة لا يمكن تجنبها ، وعلى الجيران أن يتحملوها دون الرجوع على المالك (١) • ويعتبر أيضا فى العرف ظروف المكان ، فما يعتبر ضررا مألوفا فى الريف قد يعتبر ضررا مألوف فى المدن (٢) •

(ب) طبيعة العقارات : ولطبيعة العقار اعتبار فى تقدير الضرر غير المألوف • فاذا كان العقار محلا عاما أو مقهى أو فندقا أو حانوتا للتجارة أو نحو ذلك ، تحمل من الضوضاء والجلبة أكثر مما يتحمل المسكن الهادىء • فما يعتبر ضررا مألوفا بالنسبة الى هذه الأمكنة العامة يعتبر ضررا غير مألوف بالنسبة الى المسكن • وما يعتبر ضررا مألوفا بالنسبة الى مصنع تدور فيه الآلات وتحتشد فيه العمال وتشتد الضوضاء ، قد يعتبر ضررا غير مألوف بالنسبة الى مدرسة أو الى مستشفى •

(ج) موقع كل عقار بالنسبة الى العقار الآخر • فصاحب السفل يجب ، بطبيعة موقعه من العلو ، أن يتحمل من العلو ما لا يتحمل العلو من السفل ، بهذا قضى موقع السفل من العلو • والعقار الذى يجاور الطريق العام أو السكك الحديدية أو المصانع يتعود من الضوضاء ما يزعج العقار الموجود فى مواقع نائية عن ذلك ، فما يكون ضررا مألوفا للأول قد يكون ضررا غير مألوف للآخر • والعقارات الواقعة فى أحياء للعمال يتحمل بعضها من بعض ما لا تحتمله العقارات الواقعة فى الأحياء البورجوازية ، فما يكون ضررا مألوفا بالنسبة الى أحياء العمال قد يكون ضررا غير مألوف بالنسبة الى الأحياء البورجوازية •

---

(١) مازو فقرة ١٣٤٣ ص ١٠٩٧ •

(٢) اسماعيل غانم فقرة ٦٢ ص ١٣٢ •

(د) الغرض الذى خصص له العقار : فالعقار الذى خصص للسكنى الهادئة غير العقار الذى خصص لأغراض تقتضى دوام الحركة واختلاف الناس عليها ، فما يكون ضررا غير مألوف بالنسبة الى الأول قد يكون ضررا مألوفا بالنسبة الى الآخر . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى كما رأينا : « فمن ذلك يتبين أن ما يعتبر ضررا مألوفا فى ناحية مكتظة بالمصانع والمقاهى والمحلات العامة يعتبر ضررا غير مألوف فى ناحية هادئة خصصت للمساكن دون غيرها وسكنى العلية من الناس . فاذا فتح محل مقلق للراحة فى وسط هذه المساكن الهادئة ، كان فى هذا ضرر غير مألوف تجب ازالته » (١) .

٤٣٠ — سبق الترخيص الادارى للمالك :

ولا يمنع الضرر من أن يكون غير مألوف سبق الترخيص الادارى للمالك . فقد يحصل مالك المحل المقلق للراحة أو المضر بالصحة أو الخطر على رخصة ادارية بادارة محله . ولكن هذه الرخصة لا تمنع من أن يعتبر الجار الضرر الذى يصيبه من جوار هذا المحل ضررا غير مألوف ويطلب التعويض عنه . فالرخصة الادارية انما تبيح ادارة المحل دون أن تكون هناك مسئولية جنائية على صاحبه ، ولكنها لا شأن لها بعلاقة الجيران بعضهم ببعض . فاذا وقع ضرر غير مألوف من محل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه اذا انشأت الحكومة محطة من محطات المجارى على قطعة عن أملاكها اقلقت ادارتها راحة السكان فى حى مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق فى الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٢ رقم ٣٧٦ ص ٨٩٢ — وقد سبقت الاشارة الى هذا الحكم انظر آنفا فقرة ٤٢٨ فى الهامش) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشركة التى تقيم مصانع وآلات فى أحياء للسكن تكون مسئولة عما يقع من أضرار غير مألوفة (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٢٢ ص ٢٤٦) .

والعقار المخصص ليكون مصحة أو مستشفى قد يكون الضرر المألوف بالنسبة اليه ضررا غير مألوف ، ويبقى المعيار مع ذلك معيارا موضوعيا لا معيارا ذاتيا (انظر حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٧ هامش ٢) .

مرخص له اداريا ، لم يمنع هذا الترخيص الجار المضرور من الرجوع على مالك المحل . وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى كما رأينا : « ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » (١) :

٤٣١ — الجار يستجد على المالك أو أسبقية الاستغلال (préoccupation) :

وهنا نفرض أن المالك كان يدير مصنعه دون أن يكون له جار ، فلم يكن يلحق بأحد ضررا غير مألوف . ثم جاء الجار فبنى داره بجوار المصنع فاستجد على المالك . ولحق الجار من جراء ادارة المصنع ضرر غير مألوف ، فهل لهذا الجار المستجد أن يتضرر من مجاورة المصنع وهو الذى سعى الى مجاورته ؟ تجيب المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى على هذا بما يأتى : « أما اذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم . وقد وجد فى ناحية مناسبة له ، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء للسكنى الهادئة ، فليس لصاحب هذا البناء أن يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه ... ونصت المادة ٩٣ (مرشد الحيران) على أنه ان كان لأحد دار يتصرف فيها تصرفا مشروعا ، فأحدث غيره بجواره بناء مجددا ، فليس للمحدث أن يتضرر من شبابيك الدار القديمة ولو كانت مطلة على مقر نسائه ، بل هو الذى يلزمه دفع الضرر عن نفسه » (٢) .

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ولا يحول دون ذلك (دون طلب ازالة الضرر غير المألوف) الترخيص الادارى الذى يعطى لهذا المحل ، وقد جرى القضاء المصرى على ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢) .

نقض فرنسى ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ٦٩ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٩٥ — اوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٥ هامش ١١ — بودرى وشوفو فقرة ٢٢٥ — ديموج ٤ فقرة ٧٢٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦٣ — كولان وكابتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٢٦ — مازو فقرة ١٣٤٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢ — ص ٣٣ — وانظر اوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٤ .

ونرى من ذلك أن الجار الذى يستجد على المالك ليس له أن يشكو من مضار جوار هذا المالك ولو كانت غير مألوفة . لأنه هو الذى سعى الى جوار المالك وهو عالم بما فى هذا الجوار من مضار ، فيكون قد ارتضى به ضمنا .

ومع ذلك فان هذه القاعدة غير مطردة ، وكثير من أحكام القضاء الفرنسى تقضى بأن المالك القديم الذى يكون مصدر ضرر غير مألوف لجيرانه . مهما كان هؤلاء الجيران مستجدين ومهما كان هو من الملاك القدامى ، لا يكسب لمجرد قدمه حقا فى أن يعفى من التعويض عما يحدثه من ضرر غير مألوف للجيران . بل يكون مسئولا نحوهم ، أو فى القليل يكون هناك خطأ مشترك (faute commune) بينه وبين الجار الحديث ، هو لأنه يتسبب فى ضرر غير مألوف للجار ، والجار الحديث لأنه جاور المالك وهو على بينة من مضار هذا الجوار . أضف الى هذا أن الجار الحديث قد لا يكون عالما بما ينطوى عليه الجوار من ضرر غير مألوف ، أو قد يكون عالما به ولكن الضرر تفاقم واشتد بعد أن أتى الجار الحديث واستقر فى جواره للمالك ، ولا يجوز على أى حال للمالك القديم أن يدعى أنه كسب لمجرد أسبقيته حقا فى أن يتحمل منه جيرانه ولو استجدوا ضررا غير مألوف دون أى تعويض (١) .

= وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه اذا اقدم شخص على بناء دار قريبة من معامل ، فلا يحق له التضرر من وجودها لدخان يتصاعد من مداخنها او لقلق تحدثه آلاتها ، لأنه جار طارىء عليها ، ولأنه تخير فى بناء داره نقطة ظاهرة العيب . وعلى ذلك فلا يحق له طلب تعويض من أصحاب هذه المعامل عن شىء من ذلك (استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٩٢٦ ص ٤٩٨) .

وتنص الفقرة ٣ من المادة ١٠٥١ مدنا عراقى ، كما رأينا ، على ما يأتى : « واذا كان أحد يتصرف فى ملكه تصرفا مشروعا ، فجاء آخر واحدث فى جانبه بناء وتضرر من فعله ، فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه » (انظر آنفا فقرة ٤١٩ فى الهامش) .

(١) نقض فرنسى ١٠ فبراير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ — ١ — ٣٨٥ — ٤ ديسمبر ١٩٣٥ جازيت دى باليه ١٩٣٥ — ٢ — ٩٥٠ — بودرى وشوفو فقرة ٣٢١ — مازو فقرة ١٣٤٤ — شفيق شحاتة فقرة ٦٨ ص ٨٨ — =

والذى يمكن التسليم به اجماعا فى هذا الصدد هو أن الجار الحديث اذا أتى ، ووجد الحى كله مليئا بالمصانع والمحال المقلقة للراحة ، فأصبح الضرر غير المألوف مألوفا فى هذا الحى على وجه جماعى (préoccupation collective) لا على وجه فردى (préoccupation individuelle) ، فلا حق له بعـــد ذلك أن يتضرر من الجوار بعد أن أقدم عليه طائعا مختارا ، ولا يكـون الملاك الذين سعى هو لمجاورتهم مسئولين نحوه عن الضرر ، مهما كان هذا الضرر غير مألوف (١) .

٢ — الأساس القانونى الذى يقوم عليه الالتزام بالتعويض عن الضرر غير المألوف

٤٣٢ — اختلاف الفقه فى فرنسا :

نلاحظ بادىء ذى بدء أن التقنين المدنى الفرنسى لا يشتمل على نص يناظر المادة ٨٠٧ مدنى مصرى ، فهو اذن لايستطيع أن يجد سندا

= حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٨ — ص ٣٣٠ — اسماعيل غانم فقرة ٦٣ ص ١٣٤ — ص ١٣٥ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٣ ص ٥٩ .

وهناك راى يذهب الى أنه اذا جاور مصنع أرضا فضـــاء : فاشترى شخص هذه الأرض لم يكن له الرجوع على صاحب المصنع لأنه اشـــترى الأرض بثمن روعي فيه الضرر الناشىء من مجاورة المصنع (مازو وتونك ١ فقرة ٦٠٢ — فقرة ٦٠٣ — عبد المنعم البـــدراوى فقرة ٨٧) . ولكن هذا الراى يؤدى الى أن المالك الأصلى للأرض — وهو الذى باعها للمشترى — يكون هو الذى تحمل الخسارة دون أن يرجع على صاحب المصنع ، مع أن المصـــنع لاحق لوجود الأرض ، فكان الواجب أن يرجع المالك للأرض على صاحب المصـــنع بالتعويض عن الضرر غير المألوف (انظر فى هـــذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٦٢ ص ١٣٤ هامش ٣) .

(١) بلانيول وريبير وبيكـــار ٣ فقرة ٤٧٢ — كاربونييه ص ١٩١ — اسماعيل غانم فقرة ٦٢ ص ١٣٥ هامش ١ — حسن كيرة فقرة ٩٩ ص ٣٢٩ هامش ٢ — والى ذلك تشير المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حين قالت فيما رأينا : « أما اذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم ، وقد وجد فى ناحية مناسبة له . . . » (انظر آنفا نفس الفقرة) .

تشريعيا لمسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة ، أما فى مصر فالمادة ٨٠٧ مدنى سند تشريعى قائم لا يجوز الخلاف فيه ، وكل مايمكن ان تدور حوله المناقشة هو تأصيل هذا النص ورده الى وجه معين من وجوه المسئولية .

ولما كانت مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة فى فرنسا هى من عمل القضاء دون سند تشريعى تقوم عليه كما قدمنا ، فقد اختلف الفقهاء الفرنسيون فى تحديد الأساس القانونى الذى تقوم عليه هـذه المسئولية . وقد التزموا فى ذلك ، ما دام السند التشريعى معدوما ، نطاق القواعد العامة . فمنهم من رد مسئولية المالك الى التزام قانونى هو التزام الجوار ، ومنهم من ردها الى نظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، ومنهم من جعل المسئولية مبنية على نظرية تحمل التبعة ، ومنهم من ذهب الى أن الغلو فى استعمال المالك لحق ملكيته هو فى ذاته خطـأ يستوجب التعويض . وهناك آراء أخرى (١) ، ولكننا نقف عند هـذه

---

(١) ومن هذه الآراء ما يذهب اليه كاربونييه من أن مسئولية المالك تقوم على نظرية الاثراء بلا سبب . فالمالك قد اثرى على حساب الجار ، والجار قد أصابه ضرر غير مألوف فافتقر ، فوجب على المالك المثرى أن يرد للجار المفتقر أقل القيمتين ، المقدار الذى اثرى به والمقدار الذى افتقره به الجار (كاربونييه ص ١٩٥ — ص ١٩٦) . وظاهر أنه اذا كان من المحقق ان الجار الذى أصابه ضرر غير مألوف قد افتقر ، فليس من المحقق أن المالك الذى كان مصـدر هذا الضرر قد أثرى ، وليس من المحقق ايضا ، حتى اذا كان المالك قد أثرى ، أن افتقار الجار كان هو بالذات السبب فى هذا الاثراء .

ومن الفقهاء من يذهب الى أن المالك لا تتحقق مسئوليته عن الضرر غير المألوف الا اذا تعدى ماديا على ملك الجار ، فنشر مثلا من مصنعه دخانا جاوز ملكه واخترق ملك الجار (immissio) ، أو بعث بروائح كريهة او بأصوات مقلقة او بأمواج الراديو او نحو ذلك ، فيكون التعدى المادى على ملك الجـار هو اساس المسئولية (Leyat فى المسئولية فى علاقات الجوار رسـالة من تولوز سنة ١٩٣٦ — مازو فقرة ١٣٤١ ص ١٠٩٥ — ص ١٠٩٦) .

ومن هذه الآراء ايضا أن مسئولية المالك مبنية على حالة الضرورة . فمضايقات الجوار ضرورة اجتماعية لابد من تحملها ، ولكن تقدر الضرورة بقدرها . فاذا وجب للضرورة أن يتحمل الجار الجوار دون تعويض اذا كان الضرر لا يجـاوز الحد المألوف ، فانه اذا جاوز الحد غير المألوف وجب =

الآراء فهي أهم الآراء الفقهية ، ونقول كلمة موجزة فى كل منها . ونؤصل بعد ذلك مسئولية المالك فى القانون المصرى .

٤٣٣ — مسئولية المالك تقوم على التزام قانونى هو التزام الجوار:

ذهب بعض الفقهاء الى أن مسئولية المالك نحو جاره عن مضار الجوار غير المألوفة تقوم على التزام فرضه القانون على الجار بألا يلحق بجاره ضررا غير مألوف (١) . ويقولون ان هذا الالتزام القانونى يستخلص من نصوص قانونية وردت فى التقنين المدنى الفرنسى ، فالمادة ٦٥١ من هذا التقنين تشير الى هذا الالتزام اذ تقول : « يخضع القانون الملاك لالتزامات مختلفة ، بعضهم نحو بعض ، دون أن يكون هناك أى اتفاق فيما بينهم » . ثم تأتى المادة ١٣٧٠ — ١ و ٢ و ٣ من نفس التقنين فتقول : « تنشأ التزامات معينة دون أن يكون هناك سابق اتفاق عليها ، لا من جانب الملتزم ولا من جانب الملتزم نحوه ، وبعض هذه الالتزامات تنشأ بحكم القانون وحده ، وبعض آخر ينشأ من عمل شخصى يصدر من الملتزم ، فالأولى هى الالتزامات التى تنشأ دون ارادة الملتزم ، كالالتزامات التى تقوم فيما بين الجيران .. » .

والصحيح أن التقنين المدنى الفرنسى لم يفرض فى أى نص من نصوصه التزاما قانونيا على الجار بألا يحدث لجاره ضررا غير مألوف ، فليس ثمة فى هذا التقنين التزام قانونى تمكن تسميته بالتزام الجوار بهذا المعنى . والمادة ٦٥١ مدنى فرنسى انما تشير الى التزامات معينة ما بين

= التعويض عنه . فمسئولية المالك هنا ترجع الى مجاوزة حد الضرورة ، اذ الضرورة انما تقضى بتحمل الضرر المألوف ، فاذا جاوز المالك هذا الحد واصاب الجار بضرر غير مألوف وجب عليه التعويض ولو لم يوجد خطأ فى جانبه ، اذ مجاوزة حد الضرر هى بعينها الخطأ الذى يستوجب التعويض (سافاتييه فى المسئولية ١ فقرة ٧١) .

(١) انظر فى هذا المعنى كابيتان فى التزامات الجوار فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٠ ص ١٥٦ وما بعدها وص ٢٢٨ وما بعدها — Vercesco فى دراسة عامة للقيود التى ترد على حق الملكية العقارية رسالة من باريس سنة ١٩٠١ .

الجيران هى ، كما صرحت المادة التالية ٦٥٢ مدنى فرنسى ، ما اشتملت عليه القوانين الخاصة وكذلك الالتزامات المتعلقة بالحائط المشترك وبالمظلات وبالمسيل وبحق المرور .

ومن ثم ينهدم هذا الرأى من أساسه ، وقد عدل عنه بعض من كانوا يقولون به (١) .

٤٣٤ — مسئولية المالك تقوم على نظرية التعسف فى استعمال الحق:

وذهب فقهاء آخرون الى أن مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة انما ترجع الى نظرية للتعسف فى استعمال الحق ، فالمالك الذى يلحق بجاره ضررا غير مألوف يكون متعسفا فى استعمال حق ملكيته (٢) .

وخطأ هذا الرأى هو فى أن للتعسف فى استعمال الحق صورا محددة لا ينبغى أن يتعداها ، فأول صورة للتعسف هى الصورة التى يتعمد فيها المالك الاضرار بجاره ، يضاف اليها صورتان أخريان هما رجحان مصلحة الجار رجحانا كبيرا (مما يتضمن قصد الاضرار) وقصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة . ولا شىء من هذه الصور الثلاث يتحقق فى حالة مضار الجوار غير المألوفة ، فقد يلحق الجار بجاره ضررا غير مألوف دون أن يتعمد الاضرار به ، ودون أن يهدف الى تحقيق مصلحة غير مشروعة ، ودون أن يكون للجار مصلحة ترجح رجحانا كبيرا على مصلحة المالك . فنحن اذن فى نطاق آخر غير نطاق التعسف فى استعمال الحق . وقد سبق التمييز بين حالة مضار الجوار غير المألوفة وحالة التعسف فى استعمال الحق (٣) .

---

(١) انظر كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٢٤ ص ٨٢٤ — وانظر فى انتقاد هذا الرأى أيضا بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦٩ ص ٨٦١ — ص ٨٦٢ .

(٢) انظر فى هذا المعنى كولان وكابيتان ودى لامور انديير فقرة ١٠٢٥ ص ٨٢٥ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٢٧ — وانظر فى انتقاد جعل اساس مسئولية المالك التعسف فى استعمال حق الملكية : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٠ — اسماعيل غانم فقرة ٦١ ص ١٣١ هامش ١ .

٤٣٥ — مسئولية المالك تقوم على نظرية تحمل التبعة :

وهناك من الفقهاء من ذهب الى أن مسئولية المالك تقوم على نظريه تحمل التبعة • فالمالك قد ألحق . بنشاطه وهو يستعمل حق ملكيته ، ضررا غير مألوف بالجار ؛ والمفروض أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف فى استعمال حقه • فيبقى اذن أنه هو الذى يتحمل تبعة نشاطه فى استعماله لحق ملكيته ، اذ هو الذى يستفيد من هذا الاستعمال . وقد الحق بجاره ضررا غير مألوف من جراء هذا النشاط غير العادى • فعليه الغرم كما كان له الغنم • وتقوم مسئولية المالك اذن ، لا على الخطأ ولا على التعسف فى استعمال الحق ، بل على تحمل التبعة (١) •

وهذا الرأى ، على وجاهته وعدالته • يتعذر الأخذ به فى القانون الفرنسى فالمسئولية فى هذا القانون يجب أن تقوم على الخطأ • ثابتا كان أو مفترضا • أما المسئولية التى تقوم على تحمل التبعة فلابد فيها من نص قانونى ، والنص القانونى فيما يتعلق بالمسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة معدوم •

٤٣٦ — مسئولية المالك تقوم على أن الغلو فى استعمال حق الملكية يستلزم التعويض :

ومعنى ذلك أن المالك اذا استعمل حق ملكيته دون أن يغلو فى استعماله ، ودون أن يحدث لجاره الا ضررا مألوفا من أضرار الجوار ، فلا جناح عليه فى ذلك ، ولا يستلزم عمله أن يعوض جاره عن هذا الضرر المألوف • أما اذا غلا المالك فى استعمال حق ملكيته ، واستعمل هذا الحق استعمالا استثنائيا بحيث يلحق بجاره ضررا غير مألوف ، فان الغلو فى استعمال حق الملكية يستلزم من المالك أن يعوض جاره عن الضرر غير المألوف الذى لحق الجار • وليس هناك خطأ فى أن يستعمل

---

(١) انظر فى هذا المعنى جوسران فى التعسف فى استعمال الحق ص ٨٢ وتعليقه فى داللوز ١٩٢٣ — ٢ — ٥٣ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧١ ص ٤٦٥ — وقرب ريبير فى تعليقه فى داللوز ١٩٠٧ — ٢ — ٣٨٥ •

المالك حق ملكيته استعمالا استثنائيا ليحصل منه على أكبر فائدة ممكنة، ولكنه فى هذه الحالة يجب عليه أن يعوض الجار الذى أصابه هـذا الاستعمال الاستثنائى بضرر غير مألوف • فعدم تعويض الجـار ، لا الاستعمال الاستثنائى لحق الملكية ، هو الخطأ الذى يرتب مسئولية المـالك (١) •

وهذا الرأى ، حتى يستقيم ، يجب معه أولا اثبات أن اسـتعمال حق الملكية استعمالا استثنائيا يستلزم التعويض • فمن أين أتى هـذا الالتزام (٢) ، ولايوجد نص قانونى يفرضه ، ولا هو مبنى على الخطأ ، ولا على التعسف فى استعمال الحق ! ومادمنا لا نستطيع أن نقول ان الاستعمال الاستثنائى لحق الملكية خطأ أو تعسف ، فلا مناص من أن يوجد نص قانونى يفرض التزاما قانونيا على المالك بأن يعوض الجار عن الضرر غير المألوف ، أو يورد قيدا على حق الملكية هو ألا يلحق المالك بجاره ضررا غير مألوف • ولما كان هذا النص القانونى غير موجود فى التقنين المدنى الفرنسى ، فيكون القضاء الفرنسى الذى يلزم المالك بتعويض الضرر غير المألوف هو الذى خلق هذا الالتزام ، وهو فى خلقه اياه كان قضاء بريطوريا لايستند الى القواعد العامة ولا الى نص تشريعى (٣)•

٤٣٧ — تأصيل مسئولية المالك فى القانون المصرى :

أما التقنين المدنى المصرى فيختلف عن التقنين المدنى الفرنسى فى

---

(١) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧١ ص ٤٦٤ — ص ٤٦٥ — وانظر فى الاعتبارات الاقتصادية التى تبرر التعويض عن الضرر غير المألوف كاربونبيه ص ١٩٤ .

(٢) واذا قلنا مع أصحاب هذا الرأى انه أتى من عدم التعويض عـن الضرر غير المألوف ، فان ذلك معناه أن هناك التزاما بالتعويض عن الضرر غير المألوف . ولكن هذا الالتزام نفسه يقوم بحسب هذا الرأى على أساس الخطأ فى عدم التعويض عن الضرر غير المألوف ، فنحن اذن ندور فى حلقـة مفـــــرغة .

(٣) ويذهب كاربونييه الى أن المبدأ الذى ينطوى عليه هذا القضاء ليس هو التزام المالك بتعويض الجار عن الضرر غير المألوف ، بل هو التزام الجار بتحمل الضرر المألوف من المالك (كاربونييه ص ١٩٥) .

أن التقنين الأول فيه هذا النص الذى لايوجد فى التقنين الثانى • فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٠٧ مدنى مصرى صراحة ، كما رأينا ، على ما يأتى : « على المالك آلا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار » • فاوجد النص بذلك فى جانب المالك التزاما قانونيا هو عـــدم الغلو فى استعمال حق الملكية ، أو هو أورد قيدا على حق الملكيه هـــو ألا يغلو المالك فى استعمال هذا الحق • ورتب التقنين المصرى بعد ذلك النتيجة المنطقية على مافرضه من التزام قانونى أو أورده من قيد على حق الملكية ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ مدنى • كما رأينا ، على ما يأتى : « وانما له (للجار) أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف •• » •

فالأمر اذن واضح فى القانون المصرى ، لا مجال فيه لاختلاف فى الرأى على نحو الاختلاف الذى رأيناه فى الفقه الفرنسى • يوجد نص صريح فى التقنين المدنى المصرى يلزم المالك بألا يغلو فى استعمال حقه، أو يقيد حق الملكية بعدم جواز الغلو فيها • ويرتب النص على ذلك وجوب تعويض المالك جاره ، اذا لحق الجار من جراء استعمال المالك لحق ملكيته ضرر غير مألوف •

فاذا قلنا ان نص المادة ٨٠٧ مدنى ينشىء التزاما قانونيا فى جانب المالك بعدم اصابة الجار بضرر غير مألوف ، قامت مسئولية المالك فى هذا القول على اخلال المالك بهذا الالتزام القانونى ، فوجب عليه التعويض، ويكون المالك الذى ألحق بجاره ضررا غير مألوف قد خرق التزامه القانونى فخـــالف القانون ولكن هذه المخالفة القانونية ليست « خطـــأ » بالمعنى المعروف ، فان الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد • وهنا لم ينحرف المالك عن هذا السلوك • فهو مسئول ، ولا لأنه ارتكب خطأ ، بل لأنه يتحمل تبعة نشاطه ، فهو الذى يفيد من استعماله لملكـــه استعمالا استثنائيا ، فمن الحق أن يتحمل تبعة هذا الاستعمال ، والغرم بالغنم • وقد قدمنا أن اقامة مسئولية المالك فى القانون الفرنسى عـــلى

نظرية تحمل التبعة لايستقيم لانعدام نص قانونى ينشىء هذه المسئولية، أما فى القانون المصرى فالأمر يختلف اذ أن هذا النص موجود .

واذا قلنا ان نص المادة ٨٠٧ مدنى يورد قيدا على حق الملكيـــه ، هو عدم الغلو فى استعماله حتى لا يلحق الجار من جراء هذا الاستعمال ضرر غير مألوف ، فان نطاق حق الملكية فى القانون المصرى ، بحكم هذا النص ، يضيق عن الغلو فى استعمال هذا الحق . ومن ثم يكون المالك ، الذى غلا فى استعمال حقه وألحق بجاره ضررا غير مألوف ، قد خـرج عن حدود حق الملكية . والخروج عن حدود الحق خطأ بالمعنى المعروف ، اذ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ، فتكون مسـئولية المالك فى هذا القول قائمة على الخطأ بمعناه المعروف (١) .

---

(١) والى هذا القول اشرنا عندما كتبنا فى الجزء الأول من الوسيط : « ويلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الجديد رسمت حدا لحق الملكية فقضت الا يغلو المالك فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ، وأن للجار ان يطلب ازالة مضار الجوار اذا تجاوزت الحد المألوف . فالخروج على هذا الحد الذى رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجا على حدود الحق . لاتعسفا فى استعماله » (الوسيط الجزء الأول الطبعة الأولى فقرة ٥٥١ ص ٨٣٢ هامش ٤ — وطبعة ثانية منقحة فقرة ٥٥١ ص ٩٤٤ هامش ٣ والطبعـة الثالثة المنقحة ، المجلد الثانى فقرة ٥٥١ ص ١١٦٥ هامش ١) .

وقد اختلف الفقهاء فى مصر فى تأصيل مسئولية المالك عن الضرر غير المألوف فى القانون المصرى . فمنهم من يذهب الى أن المسئولية عن مضـار الجوار غير المألوفة ليست الا مجرد تطبيق لفكرة التعسف فى استعمال الحق (محمد على عرفة فقرة ١٩٢ — حسن كيرة فقرة ٩٨ — منصور مصطـفى منصور فقرة ٢٥ ص ٦٣ — ص ٦٤) . ومنهم من يذهب الى ما ذهبنا اليه من ان حق الملكية قيدته المادة ٨٠٧ مدنى بحدود يعتبر الخروج عليها خروجا على حدود هذا الحق كما رسمته هذه المادة ، ومن ثم يكون ذلك خطأ تقصـيريا (شفيق شحاته فقرة ٦٨ ص ٨٦ — ص ٨٧ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٣ ص ١٠٩ وفقرة ٨٤ ص ١١٢ — أحمد حشمت أبو ستيت فى مصادر الالتزام فقرة ٤٣٩ — إسماعيل غانم فقرة ٦١ ص ١٣١ — ص ١٣٢ — عبد المنعـم فرج الصدة فقرة ٥٨ ص ٩٢) .

٣ — كيف يكون التعويض عن الضرر غير المألوف

٤٣٨ — التعويض النقدى والتعويض العينى :

نطبق هنا القواعد العامة فى التعويض ، فهو تارة يكون تعويضا نقديا ، وطورا يكون تعويضا عينيا ، وللمحكمة أن تأمر بازالة الضرر غير المألوف ، أو أن تقتصر على الحكم بتعويض نقدى اذا رأت مايبرر ذلك •

٤٣٩ — التعويض النقدى :

يحكم القاضى بتعويض الجار تعويضا نقديا كاملا عن الضرر غير المألوف الذى لحقه من استعمال المالك لحق ملكيته ، وذلك طبقا للقواعد العامة ، فيعوض الجار عن الخسارة التى لحقته وعن الكسب الذى فاته•

وقد يدوم الضرر زمنا معينا ، فيجوز للقاضى أن يحكم بتعويض نقدى عن كل وحدة من الزمن يدوم فيها الضرر ، عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أكثر من ذلك (١) •

ويجوز أيضا للقاضى أن يحكم بتعويض نقدى أو بتعويض عينى (ازالة الضرر) ، ويخير المالك بين تنفيذ أى من الجزائين يختاره (٢) •

٤٤٠ — التعويض العينى :

واذا كان التعويض العينى ممكنا ، جاز للقاضى أن يحكم به ، فاذا كان الضرر ناجما مثلا عن اقامة المالك لحائط ، جاز الحكم بهدم هــذا الحائط • ويجوز كذلك الحكم باتخاذ تدابير معينة أو القيام بأعمال معينة من شأنها أن تمنع الضرر فى المستقبل (٣) • مع الحكم بتعويض نقدى

---

(١) اوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٦ — بودرى وشوفو فقرة ٢٢٣ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٧ . كاربونييه ص ١٩١ — ص ١٩٢ .

(٢) باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ — ٢ — ٣٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٧ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٢٢٤ — وتنص المادة ٢/٢٠٣ مدنى عــلى مايأتى : «على أنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين، جاز له ان يقتصر=

عن الضرر الذى حدث فى الماضى .

واذا رأى القاضى أن يحكم بالتعويض العينى وبازالة الضرر غير المألوف ، جاز له أن يلجأ الى الغرامة التهديدية ، فيقضى بغرامة مالية على المالك عن كل يوم أو عن كل وحدة أخرى من الزمن لا يقوم فيها بازالة الضرر أو بالقيام بالأعمال المحددة فى الحكم (١) .

وفى فرنسا ، حيث لايوجد نص يقابل نص المادة ٨٠٧ مدنى مصرى يرد قيد على التعويض العينى ، هو أنه لايجوز للقاضى أن يحكم باغلاق محل مقلق للراحة حاصل على رخصة ادارية . فان الرخصة الادارية هى أمر ادارى صدر بالسماح للمحل بالعمل، والحكم باغلاق المحل يتعارض مع الأمر الادارى ، وليس للقضاء العادى أن يلغى أو يعدل أمرا صادرا من جهة الادارة ، وفى هذه الحالة يقتصر على الحكم بالتعويض النقدى (٢) . أما فى مصر فنص المادة ٨٠٧/٢ مدنى صريح فى أن طلب

= على دفع تعويض نقدى اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما» . ويقاس التعويض العينى على التنفيذ العينى ، ومن ثم فلا يجوز الحكم بهدم مصنع مثلا لتجنيب الجار الضرر غير المألوف الناشىء عنه ، ويكتفى بتعويض نقدى، مصحوب اذا أمكن باتخاذ التدابير الممكنة لانقاص الضرر الى أقل حد مستطاع . انظر فى هذا المعنى مازو فقرة ١٣٤٥ — اسماعيل غانم فقرة ٦٤ ص ١٣٦ — حسن كيرة فقرة ١٠٠ ص ٣٣٢ هامش ٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦١ ص ٩٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤ ص ٦١ . ومن التدابير التى يمكن اتخاذها للحد من الضرر فى المستقبل الأمر مثلا بتعديل طريقة الاستغلال ، او تحديده بمنع الاستغلال فى الليل مثلا . او تغيير موضع منحل الخلايا النحل ، او وقف جزء من العمل او نحو ذلك (باريس ٢٩ مارس سنة ١٨٧٩ سيريه ٧٩ — ٢ — ٢٦٩ — مونبلييه ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ٣٣ — ٥٦٦ — حسن كيرة فقرة ١٠٠ ص ٣٣٢) .

(١) نقض فرنسى ٧ نوفمبر سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ — ١ — ٨ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ١٧٥ — باريس ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ — ٢ — ٣٢ — ٢٤ مارس سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٦ — ١ — ٧٥٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٦ .

(٢) نقض فرنسى ١٩ مايو سنة ١٨٦٨ داللوز ٦٨ — ١ — ٤٨٦ — ١١ يونيه سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٨ — ١ — ٢٠٩ — ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ٤٧١ — ١٩ يناير سنة ١٩٦١ Bull. civ. ١٩٦١ — ٢ فقرة ٥٨ ص ٤١ — لوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨٤ — بودرى وشوفو فقرة =

ازالة الضرر غير المألوف حق للجار ، وأنه « لايحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » • فيجوز اذن أن يطالب الجار بالتعويض العينى وبازالة الضرر غير المألوف بالرغم من وجود ترخيص ادارى (١) •

الفــرع الثــانى

القيود التى ترجع الى حالات خاصة فى الجوار

المبحث الأول

الرى والصرف

٤٤١ — الشرب والمجرى والمسيل :

القيود التى تتعلق بالرى والصرف هى ما يقرره القانون للملاك المجاورين على جيرانهم حقوق فى الشرب (irrigation) والمجرى (acqueduc) والمسيل (écoulement) .

والأصل أن يكون رى الأراضى الزراعية من مياه النيل ومن مياه الترع العامة (٢) ، وأن يكون صرف المياه بعد الرى فى المصارف العامة

= ٢٢٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧٣ ص ٤٦٦ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٢٦ ص ٨٢٧ — مازو فقرة ١٣٤٥ •

(١) انظر فى هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٦٨ ص ٨٨ هامش ٢ — حسن كيرة فقرة ١٠٠ ص ٣٣١ — ص ٣٣٢ — اسماعيل غانم فقرة ٦٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٤ ص ٦١ — ص ٦٢ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٨٩ •

وانظر عكس ذلك وانه لا يجوز التعويض العينى بل يكتفى بالتعويض النقدى اذا وجد ترخيص ادارى : محمد على عرفة فقرة ١٩٦ ص ٢٥٣ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٨٠ •

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا فى هذا الخصوص (م ١١٧١ من المشروع) يجرى على الوجه الآتى : « يكون الحق فى استعمال مياه الترع العامة بنسبة مساحة الأراضى التى تروى منها ، مع مراعاة ماتقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بذلك» (انظر أيضا =

وفى البحيرات . ولكن يجوز مع ذلك أن ترد قيود على الملكية الخاصة للأرض الزراعية لمصلحة الأراضى الزراعية المجاورة ، تتعلق بالرى من حق فى الشرب أو فى المجرى ، أو تتعلق بالصرف من حق فى المسيل .

= م ٥٢/٣١ من التقنين المدنى السابق) . وورد فى المذكرة الايضاحية فى شأن هذا النص : « وقد قسم المشروع فى حق الشرب الترع الى قسمين : (أ) ترع عامة مملوكة للدولة ، وهذه يكون الحق فى استعمالها بنسبة مساحة الأراضى التى تروى منها ، مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بذلك . واهم هذه اللوائح هى لائحة الترع والجسور التى يتضمنها الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ ، وهذه يبقى معمولا بها منفصلة عن التقنين المدنى ، ويقتصر هذا التقنين على المبادىء الأساسية فى الرى التى يندر أن تتغير » » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤) . وحذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لأنها تشمل حكما تفصيليا يمكن الاستغناء عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠ فى الهامش) .

ولائحة الترع والجسور الصادرة فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ والمشار اليها آنفا فى المذكرة الايضاحية قد الغاها القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ (المعدل بالقوانين ٢٩ و٣٨٥ لسنة ١٩٥٦ و ١١٦ لسنة ١٩٥٩) بشأن الرى والصرف ، وحل هذا القانون محل الترع والجسور ، وسنشير الى بعض نصوصه الهامة فى المواضع المناسبة . وقد ورد فى مذكرته الايضاحية « ولما كانت المملكة المصرية بلدا زراعيا بطبيعته ، وجب أن يعطى نظام الصرف فيه أكبر قسط من العناية لما فى ذلك من أثر بالغ فى تربة الأرض ومحاصيلها المختلفة ، ونظرا لأن النيل والترع الهامة والمصارف العامة هى عماد الرى فى مصر وتدخل جميعها فى الأملاك العامة ، فقد كان جديرا بالتشريع الادارى المصرى ان يعنى بتنظيم استعمال الكافة لطرق الرى والصرف استعمالا يتجلى فيه العدل وتصان به المصلحة العامة ، وقد مضت حقبة طويلة على تشريعات الرى والصرف القائمة ، اظهر العمل ما فيها من نقص يجب تداركه على ضوء التطورات التى استحدثت فى نظام الرى . وقد وضع المشروع المرافق تحقيقا لهذه الغاية ، اذ يجمع شتات التشريعات الخاصة بالرى والصرف فى قانون واحد يكفل تنظيم استعمالها على وجه أوفى مما هو عليه الآن ، كما يتناول الشروط اللازمة لاقامة الآلات الرافعة ورى الأراضى الشراقى والتدابير التى تتخذ لدفع اخطار الفيضان وغير ذلك من الشؤون المتصلة بالرى ... وقد شمل المشروع ستة أبواب ، خصص الباب الأول لبيان الأملاك العامة والخاصة ذات الصلة بالرى والصرف . وتناول الباب الثانى الأحكام الخاصة بتوزيع المياه ، سواء أكان ذلك عن طريق مآخذ المياه أم بالآلات الرافعة . ولما كان دفع اخطار الفيضان ذا صلة وثيقة بالرى ، فضلا عما ينطوى عليه من حفظ الأرواح والأملاك من الغرق ، لذلك لم يغفل المشروع تنظيم الاجراءات التى تتبع لدفع هذه الأخطار ، فخصص لها الباب الثالث الذى تضمن أيضا الأحكام الخاصة بتعطيل الملاحة وارتطام السفن اذ انها =

وتعرف المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى الشرب فتقول :

« القاعدة أن من أنشأ مسقاة على نفقته الخاصة طبقا للوائح المتعلقة بذلك كان مالكا لها ، وكان له وحده حق استعمالها ، على أنه اذا استوفى حاجته منها وبقى بعد ذلك من الماء ما تحتاج اليه أراضى الملاك المجاورين ، فلهؤلاء أن يأخذوا ما هم فى حاجة اليه ، على أن يشتركوا فى نفقات انشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها ، ويبين من ذلك أن ملكية المياه الفائضة عن الحاجة تنزع من مالكها لا لمصلحة عامة بل لمصلحة خاصة ، ويدفع للمالك التعويض المناسب عن ذلك ، وهذا قيد على حق الملكية خطير بقدر ماهو عادل . ويلاحظ أن مالك المسقاة مفضل على الجيران ، فهو الذى يستوفى حاجته من المياه أولا ، ويأتى الجيران بعد ذلك ، فاذا تزاحموا قدم من كانت حاجته أشد ، ويترك تقدير ذلك للجهة الادارية المختصة » (١) .

وتقول المذكرة الايضاحية عن المجرى : « أما حق المجرى فقد

= تعوق سير المياه ، ثم خصص الباب الرابع للترخيص فى رسو الذهبيات للعقوبات واثبات الجرائم ، والباب السادس للأحكام العامة والختامية » .
للعقوبات واثبات الجرائم ، والباب السادس للأحكام العامة والختامية » .
وهناك مشروع جديد أعد ليحل محل قانون الرى والصرف الحالى (قانون رقم ٦ لسنة ١٩٥٣) ، ولا يزال حتى اليوم مشروعا ولم يسن قانونا . ومن أهم ما استحدثه هذا المشروع من التعديلات : ١ — تخويل مفتش الرى سلطة اصدار قرار مؤقت بتمكين صاحب الشأن من حقه فى الانتفاع بمسقاة أو مصرف فى أرض الغير ، أو من حقه فى دخول هذه الأرض لاجراء ما قد يلزم من ترميم وتطهير . ٢ — تنسيق الحكم الخاص بالتعويض مع الحكم المقابل فى الفقرة الثانية من المادة ٨٠٨ مدنى ، فنص على أن يشمل التعويض نفقات انشاء المسقاة أو المصرف بنسبة مساحة الأرض التى تنتفع من ايهما . ٣ — اعتبار الكبارى الخاصة التى تنشأ فوق ترعة عامة أو مصرف عام من الأملاك العامة بمجرد انشائها ، فيعفى منشئوها من أعباء صيانتها ٤ — النهى عن حفر الآبار الارتوازية قبل الحصول على ترخيص من وزارة الرى . ٥ — اسناد رياسة لجنة الفصل فى الجرائم الى قاض توفيرا لضمانات الأفراد ، واجازة الطعن فى قرار لجنة تقدير التعويض أمام المحكمة الابتدائية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤ .

أعطاه المشروع لمالك الأرض البعيدة عن مأخذ المياه ، فتمر من أرض الجار المياه الكافية لرى أرضه . وهى مياه يأخذها من ترعة عامة ، أو من ترعة خاصة مملوكة له ، أو من ترعة خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب فى تعويض عادل » (١) .

وتقول المذكرة الايضاحية عن المسيل : « بقى حق المسيل ، وقد أعطاه المشروع لمالك الأرض البعيدة عن المصرف العام ، فيكون له الحق فى ان يستعمل المصرف الخاص المملوك لجاره بعد أن يستوفى الجار حاجته، او فى ان ينشىء مصرفا خاصا على نفقته فى ارض الجار ليصل الى المصرف العام . وفى الحالة الاولى يشترك مالك الأرض فى نفقة المصرف الخاص الذى أنشأه الجار وفى صيانته ؛ وفى الحالة الثانية يعطى الجار مقدما التعويض العادل عما اقتطعه من أرضه لانشاء المصرف (٢) » .

والآن وقد عرفنا اجمالا ما هى القيود المتعلقة بالشرب والمجرى والمسيل . نفصل ما أجملناه فنتكلم : (أولا) فى الشرب . (ثانيا) فى المجرى والمسيل .

١ — الشرب

٤٤٢ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٠٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ — من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا طبقا للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها » .

« ٢ — ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤ — ص ٤٥ .

المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها . وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات انشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها ، بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منهما » (١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٢/٥٣ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : لا مقابل فى التقنين المدنى السورى — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨١٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المواد ١٠٥٥ — ١٠٥٧ — ولا مقابل فى قانون الملكية العقارية اللبنانى ولا فى التقنين المدنى الكويتى — وفى التقنين المدنى الأردنى المادتين ١٢٩٣ و ١٢٩٤ (٣) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٧٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٧ فى المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٦ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤ — ص ٣٧) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٢/٥٣ : من أنشأ ترعة ، فله الحق فى الانتفاع دون غيره بمائها أو بيعه . (وهذا النص يخالف نص التقنين المدنى الجديد فى أنه لا يجعل للجار الحصول على حق الشرب من ترعة جاره الخاصة الا برضائه ، دون جبر عليه فى ذلك . ولكن المادة ٨ من لائحة الترع والجسور التى صدرت فى سنة ١٨٩٤ ، أى بعد صدور التقنين المدنى السابق ، أعطت للجار ان يحصل على حق الشرب من ترعة جاره الخاصة بنفس الشروط المقررة فى التقنين المدنى الجديد) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى لا مقابل (وانظر فيما يتعلق باسناد الانشاءات الفنية على ضفة المجرى المقابلة المادتين ٩٨٢ — ٩٨٣) .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٥٥ : لكل شخص ان يسقى ارضه من الأنهر والترع العامة ، وله أن يشق جدولا لأخذ هذه المياه الى ارضه ، وذلك كله وفقا للقوانين والأنظمة المتعلقة بذلك .

م ١٠٥٦ : من أنشأ مسقاة أو مصرفا خصوصيا طبقا للقوانين والأنظمة المعمول بها ، كان له وحده حق استعمالها .

م ١٠٥٧ : ١ — حريم الآبار والينابيع والترع الخاصة والمساقى والقنوات والمصارف ملك اصحابها ، ولايجوز لغيرهم ان يتصرف فيها بوجه من الوجوه . فمن حفر بئرا فى حريم بئر مملوك لشخص آخر اجبر على =

ويلاحظ أن النص سالف الذكر لا يقتصر على حق الشرب ، بل هو يشمل الى جانب حق الشرب حق المسيل (الصرف) فى احدى صورتيه، فقد تقدم أن حق المسيل اما أن يباشر فى المصرف الخاص المملوك للجار بعد أن يستوفى هذا حاجته منه وهذه هى الصورة التى يعرض لها النص. أو من طريق انشاء مصرف خاص فى أرض الجار لتتصل ميـــاه الصرف بواسطته الى المصرف العام وهذه صورة أخرى لايعرض لها النص ويعرض لها نص آخر . وحتى لا يتجزأ حق المسيل ، نقتصر فى معرض النص الذى نحن بصدده على حق الشرب دون حق المسيل ، ونستبقى صـــورة حق المسيل التى عرض لها النص لتنضم الى الصورة الأخرى ، وبذلك نبحث حق المسيل فى كل من صورتيه فى مكان واحد .

= ردمه ؛ ولكن اذا حفر البئر خارج هذا الحريم فلا يجبر على الردم حتى لو اخذ بئره ماء البئر الأول .

٢ — ولا حريم لبئر حفره شخص فى ملكه ؛ ولجاره ان يحفر هـــو ايضا بئرا فى ملك نفسه حتى لو جذب ماء البئر الأول .

(والتقنين العراقى يختلف عن التقنين المصرى فى انه لا يجعل للجار حق الحصول على الشرب من مسقاة جاره الا باتفاق معه) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (وانظر فيما يتعلق باســـناد الانشاءات الفنية على ضفة المجرى المقابلة المادتين ٧٩ و ٨٠ — وانظر فى هذه المسألة فى القانون اللبنانى حسن كيرة دروس فى الحقوق العينيـــة الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات بالآلة الكاتبة ســـنة ١٩٦٥ ص ١٢٩ — ص ١٣٠ — وانظر بوجه عام فى القيود المتعلقة بالميـــاه فى القانون اللبنانى حسن كيرة المرجع المشار اليه ص ١٢٥ — ص ١٣٨) .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل للنص فيه .

التقنين المدنى الأردنى م ١٢٩٣ : لكل أن ينتفع عيان الانهار وفروعها وجداولها ذات المنفعة العامة وذلك طبقـــا لما تقضى به القوانين والأنظمـــة الخاصـــة .

م ١٢٩٤ : من انشأ جدولا أو مجرى ماء لرى أرضه فليس لأحد غيره حق الانتفاع به الا باذنه .

(وأحكام التقنين الأردنى تختلف عن احكام التقنين المصرى فى أنه لا يجعل للجار الحق فى الحصـــول على الشرب من مسقاة جاره الا بالاتفاق معه ، والتقنين الأردنى يتفق فى هذه الأحكام مع التقنين العراقى) .

٤٤٣ — شروط الحصول على حق الشرب (تغليب مصلحة خاصة راجحة على مصلحة خاصة مرجوحة) :

تتلخص شروط الحصول على حق الشرب فى أن يكون للمالك مسقاة خاصة ، استوفى منها حاجته ، وله جار ، هو أيضاً فى حاجة الى رى أرضه. فعندئذ يجوز للجار أن يحصل على حق الشرب من المياه الفائضة فى هذه المسقاة ، على أن يدفع لمالك المسقاة مقابلا لما انتفع به من مثها سيأتى بيانه . ولم يكن التقنين المدنى السابق يجعل للجار حق الشرب على النحو المتقدم بيانه . اذ كانت المادة ٣٢/٥٣ من هذا التقنين تنص . كما رأينا ، على أن « من أنشأ ترعة ، فله الحق فى الانتفاع دون غيره بمائها أو بيعه » (١) . ولكن لائحة الترع والجسور التى صدرت فى سنة ١٨٩٤ أعطت ، فى المادة ٨ منها ، للجار أن يحصل على حق الشرب من ترعة جاره الخاصة بنفس الشروط التى تقررت فيما بعد فى التقنين المدنى الجديد (٢) .

واعطاء الجار حق الشرب على هذا النحو فيه تغليب مصلحة خاصة راجحة على مصلحة خاصة مرجوحة. فمالك المسقاة مصلحته فى أن يحتفظ بحق ملكيته كاملا دون شريك له فى مسقاته ، حتى لو فاضت فيها مياه يرى أن يستأثر بها ولا يعطيها لجاره . ولكن هذه المصلحة مصلحة ضعيفة مرجوحة ، تنطوى على أنانية لا مبرر لها . ويتغلب على هذه المصلحة المرجوحة مصلحة راجحة للجار فى أن يحصل على حق الشرب من المياه الفائضة فى المسقاة وهو فى حاجة اليها ، فى حين أن المالك قد استوفى حاجته ، على أن يعوض الجار المالك فيما أخذ من مائه .

فالشروط اذن للحصول على حق الشرب أربعة :

١ — للمالك مسقاة خاصة .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤٢ فى الهامش .
(٢) انظر آنفا فقرة ٤٤٢ فى الهامش .

٢ — استوفى منها حاجته •

٣ — وله جار •

٤ — هو فى حاجة الى رى أرضه •

٤٤٤ — الشرط الأول — للمالك مسقاة خاصة :

يجب هنا التمييز بين الترعة العامة والمسقاة الخاصة •

فالترعة العامة ، كما تنص المادة ٢ من قانون الرى والصرف ، هى « كل مجرى معد للرى تكون الدولة قائمة بنفقات صيانته يوم العمل بهذا القانون ، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال العمومية او فروعها ، وكذلك المجارى التى تنشئها وزارة الأشغال العمومية بوصفها ترعا عامة وتدرجها فى سجلاتها بهذا الوصف » • فالترع التى انشاتها الحكومه او تنشئها ، لرى الأراضى الزراعية ، وتقوم بنفقات صيانتها ، وتدرجها بسجلاتها ، تعتبر ترعا عامة ، و « يجوز ، كما تنص المادة ٤ من قانون الرى والصرف ، بقرار من وزير الأشغال العمومية (وزير الرى) أن تعتبر أية مسقاة أو مصرف خاص ترعة عامة أو مصرفا عاما ، اذا كانت هذه المسقاة متصلة مباشرة بالنيل أو بترعة عامة تستمد المياه من أيهما ، أو اذا كان المصرف الخاص متصلا مباشرة بالنيل أو بمصرف عام أو ببحيرة ويصيب فى أى منها • ولا تدفع الحكومة أية تعويضات عن الأرض المشغولة بالمسقاة أو المصرف قبل اعتباره عاما (١) » ولوزارة الرى الهيمنة على توزيع مياه الرى بالمجارى العامة على اختلاف أنواعها ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن اتصاف ترعة بأنها عمومية أو غير عمومية امر قانونى تبينه لائحة الترع والجسور ، فمن واجب المحكمة اذن ان تراعى فى قضائها ما جاءت به تلك اللائحة فى هذا الصدد ، فاذا هى لم تفعل ، واعتمدت فقط فى قيام صفة الترعة على تقرير الخبير المؤسس على تطبيق خريطة فك الزمام المرسوم عليها ما يفيد ان الترعة بجسريها عمومية، كان حكمها متعينا نقضه (نقض مدنى ١٤ ابريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٢ ص ٣٦٩ — وانظر ايضا نقض مدنى ٥ ابريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٦٢ صفحة ٤٢٣) •

وتوزيع مياه كل مجرى عام على المآخذ الخاصة التى تتغذى منه . ولها ادخال ما ترى ادخاله من التغيير والتعديل فى نظـام الرى والصرف ، وتطهير ما ترى ضرورة لتطهيره من الترع والمصارف العامة فى الأوقات، وبالكيفية التى تراها (م ٣١ رى وصرف) (١) . ولايجوز انشـاء مآخذ المياه فى جسور النيل أو جسـور الترع العامة قبل الحصول على ترخيص بذلك من وزارة الرى ، ويكون اجراء جميع الأعمال الواقعـة تحت جسور النيل بواسطة وزارة الرى وعلى نفقة الطالب (م ٣٦ رى وصرف) (٢) .

---

(١) والحكومة مسئولة عن ضـمان وصول المياه للأراضى وتوزيعها توزيعا عادلا ، فاذا ثبت خطأ عمالها فى تحقيق ذلك أمكن الرجوع عليهـا بالتعويض (محكمة الاستئناف ١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٣ — ١٧ ابريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ ص ٨٧٧ — ١٤ يناير سنة ١٩١٨ المحاماة ٩ ش ٣٦٨ — أستئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٩٥) — وقد أصبح، بموجب لائحة الترع والجسور ثم بموجب قانون الرى والصرف، أخذ الأتربة من الأراضى للأعمال اللازمة لوقاية الجسور ، والقاء ناتج تطهير الترع والمصارف العامة فى الأراضى الزراعية ، كلا الأمرين فى مقابل تعويض عادل (م ٦ رى وصرف) ، واصبحت كذلك المعاونة السنوية من الأهالى فى دفع اخطار الفيضـان فى مقابل اجور مناسبة تعطى للمكلفين بالمعاونة (م ٥٧ رى وصرف) .

(٢) وتنص المادة ٣٣ من قانون الرى والصرف على أن « يعين وزير الأشغال العمومية (وزير الرى) المناوبات على اختلاف انواعها وتواريـخ السدة الشتوية ، وتعليق هذه المواعيد بالجريدة الرسمية ، وتنشر عـلى الأهالى بالطرق الادارية ، ويجوز لمفتش الرى فى أى وقت أن يأمر ، ولـو خلال ادوار العمالة، بمنع أخذ المياه من ترعة أو من مجموعة من الترع العامة، وذلك لضمان توزيع المياه توزيعا عادلا ، أو لمنع اعطاء الأراضى مياها اكثـر من حاجتها » . هذا ولايجوز للحكومة أن تتعسف فى استعمال سلطتها هذه . والا كانت مسئولة نحو من أحاق به ضرر من جراء تعسفها (محكمة الاستئناف ١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٣) .

وتنص المادة ٣٧ من نفس القانون على أنه « اذا تبين لتفتيش الـرى أن تصرف مآخذ المياه المملوكة للأفراد والموجودة فى جسر احدى الترع العامة والمعدة للرى ، يزيد او ينقص عن حاجة الأرض المخصصة لها ، بسبب زيادة عددها أو نقصه أو اتساعها أو اتساع ستوى فرشها أو انخفاضه ، فلتفتيش الرى ، بعد التعرف على وجهات نظر أصحاب تلك الأراضى فى جلسة يحددها، أن يقوم بانقاص عدد المآخذ أو زيادته أو توسيعها أو تضـييقها أو رفع =

أما المسقاة الخاصة فهي مجرى ماء معد للري ، ينشئه المالك في أرضه لريها وتقضي المادة ١/٨٠٨ مدني كمبدأ عام ، كما رأينا ، بأن من أنشـأ مسـقاة خاصة ، طبقا للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها • وصاحب الأرض المنتفع بالمسقاة الخاصة مكلف ،على نفقته ، بتطهير وصيانتها وحفظ جسورها في حالة جيدة (م ١١ ري وصرف) [1] •

= مستوى فرشها أو خفضه بما يحقق الغرض ، وذلك على نفقة الحكومة ... أما اذا طلب المالك من تفتيش الري اجـراء تعديلات مماثلة ، جاز للتفتيش ان يقوم بذلك على نفقة الطالب » .

وتقضي المادة ٤٠ بانه اذا تبين لتفتيش الري انه يوجد اكثر من طريق لري الأرض ، جاز له ان يأمر بابطال ما يراه زائدا من المآخذ على الحاجـة ، ويكون هذا الابطال على نفقة الحكومة . وتقضي المادة ٤١ بانه اذا اتخذت الوسائل لتوصيل المياه من النيل او من احدى الترع العامة الى ارض تروى من احد آخذ المياه ، جاز لتفتيش الري ابطال المآخذ وازالته على نفقـة الحـكومة .

(١) فان هو قصر ، جاز لتفتيش الري تطهيرها على نفقته (م ١٢ ري وصرف) ، أو اذا منع بغير حق من الانتفاع بمسـقاته وكان حائزا لها مدة سنة ، صدر من مفتش الري قرار موقت بتمكينه من اسـتعمال حقه (م ١٥ ري وصرف) ، وتنص المادة ١٤ من قانون الري والصرف عـلى ان « تعتبر الأراضي التي تمر فيها مسقاة او مصرف خاص محملة بحق ارتفاق لصالح الأراضي الأخرى التي تنتفع بتلك المسقاة او بذلك المصرف ، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك » ، وتنص المادة ٢١ من نفس القانون على انه « اذا رأى مفتش الري . بناء على تقرير الباشمهندس أو شكوى مـن ذوي الشأن ، أن أحد المصارف أو المساقي الخاصة أصـبح عديم الفائدة أو مضرا وامكن الاسـتغناء عنه لوجود طريق آخر للري او للصرف ، جاز له ان يصدر قرارا بسد او ابطال تلك المسقاة أو المصرف ، أو منع الضرر اذا لم يمكن الاسـتغناء عن المسـقاة او المصرف ، والزام صاحبها بتنفيذ القرار في موعد معين ، والا جاز للتفتيش اجراء ذلك على نفقته » .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كان الحكم استند في اعتباره المسقاة محل الدعوى مسقاة خصوصية الى ادلة مؤدية الى ذلك ، فانه لا يعيبـه كونه لم يرد على ما تمسك به القانون بأنها ترعة عمومية مع انها ثابتة في خرط المساحة ، أو انها تروى أطيانا لأشخاص آخرين ويقام عليها كوبري، اذ أن رد اثبات المسقاة في خرط المساحة لا يصلح دليلا على انها مسـقاة عمومية ، كما ان انتفاع ملاك آخرين بها بالري منها او اقامة وزارة الأشغال كوبريا عليها ، ذلك لا يمنع كونها مسقاة خصوصية محملة بحق ارتفاق =

٤٤٥ — الشرط الثانى — استوفى المالك حاجته من المسقاة :

ولما كان المالك هو الذى أنشأ المسقاة الخاصة على نفقته ، أو كسبها بسبب آخر من أسباب كسب الملكية ، وهو الذى يقوم بتطهيرها وصيانتها ، فان له الأولوية فى رى أرضه منها ، اذ هى ملكه ، والمالك احق بما ملك •

وله أن يستوفى حاجته كاملة من المسقاة ، فيروى أرضه منها ريا كافيا • واذا كانت عنده وسائل أخرى ممكنة للرى ، كأن كان بامكانه حفر بئر ارتوازية ، أو الحصول على حق مجرى قريب من النيل أو من ترعة عامة ، لم يكلف الالتجاء الى هذه الوسائل مادامت عنده مسقاة خاصة تكفيه لرى أرضه • فاذا روى أرضه بأكملها ريا كافيا من هذه المسقاة ، وفاضت مياه بعد ذلك ، فحينئذ يكون لجاره الحصول على حق الشرب من هذه المياه الفائضة •

٤٤٦ — الشرط الثالث — للمالك جار هو الذى له حق الشرب :

ويجب أن يكون من يطلب حق الشرب من المياه الفائضة فى المسقاة جارا للمالك صاحب المسقاة • والجوار هنا له صور ثلاث ، تدخل كلها فى المعنى المقصود بالجوار :

أولا — أن تكون أرض الجار ملاصقة لضفة المسقاة ، فتكون المسقاة فى هذه الصورة حدا فاصلا ما بين أرض الجار وأرض المالك • وقد انعقد الاجماع على أن للجار فى هذه الصورة أن يطلب حق الشرب ، اذ هو جار ملاصق للمسقاة ذاتها •

ثانيا — أن تكون أرض الجار فاصلا بين أرض المالك وبين مأخذ مياه المسقاة ، فتعبر مياه المسقاة فى هذه الصورة أرض الجار فى مجرى يحصل عليه المالك ، حتى تصل مياه المسقاة الى أرض المالك ، وفى هذه

= للغير او للمصلحة العامة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء اول ص ٣٦٩) •

الصورة لا شك أيضا فى أن أرض الجار تعتبر ملاصقة للمسقاة ، بحكم مرور مياه المسقاة فيها ، فيكون للجار أن يحصل على حق الشرب من المسقاة ٠

ثالثا — أن تكون المسقاة داخل أرض المالك ٠ غير ملاصقة لأرض الجار ، فلا هى تقع فى حدود هذه الأرض ، ولا هى تعبرها حتى تصل الى أرض المالك ٠ وفى هذه الصورة الأخيرة لا تكون أرض الجار ملاصقة للمسقاة ذاتها ، ولكنها ملاصقة لأرض المالك التى أنشئت فى داخلها المسقاة ، وهذه الصورة وحدها هى محل الخلاف ، دون الصورتين الأولبين ، فبعض يذهب الى أنه لايكون للجار فيها أن يحصل على حق الشرب ، اذ يشترط للحصول على هذا الحق الجوار للمسقاة ذاتها ، ولا يكفى مجرد الجوار للأرض التى أنشئت فيها المسقاة (١) ٠ وبعض آخر يذهب الى أنه يكفى الجوار للأرض التى أنشئت فيها المسقاة ، ولا ضرورة لأن تكون المسقاة نفسها ملاصقة لأرض الجار ٠ وهذا هو للرأى الذى نأخذ به ، لأن عبارة « الملاك المجاورين » التى وردت فى نص المادة ٨٠٨/٢ مدنى جاءت مطلقة لا تميز بين جار ملاصق للمسقاة وجار ملاصق للأرض التى فيها المسقاة ، فكلاهما « جار » فى معنى النص ، ولأن الحكمة فى الحالتين متوافرة ، فالجار فى حالة ملاصقته للمسقاة وفى حالة ملاصقته للأرض التى فيها المسقاة فى حاجة الى رى أرضه ، وماء المسقاة يفيض عن حاجة مالكها ، فواجب التضامن الاجتماعى يقضى فى الحالتين بأن يكون للجار الحصول على حق

---

(١) انظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٩٢ — محمد على عرفة فقرة ٢٠٨ — شيرون بحث فى نظام الرى فى القانون المصرى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٦٤ — حسن كيرة فقرة ٦٧ ص ٢٠٦ — ويستند الأستاذ محمد على عرفة الى المادة ١٣ من قانون الرى والصرف « وهذا النص لا شأن له بهذه المسألة ، فهو انما يعرض للأرض الواقعة على جانبى مسقاة أو مصرف خاص ٠ وتكون مملوكة لملاك متعددين ، فيعتبر « بالنسبة الى اعمال التطهير والصيانة محور المسقاة او المصرف حدا فاصلا بين املاكهم ما لم يثبت خلاف ذلك » ٠

الشرب [1] ، ولا شك فى أن الجار ، فى هذه الصورة الأخيرة ، لا يكتفى بالحصول على حق الشرب . بل هو فى حاجة أيضا الى حق المجرى ، اذ يجب أن تعبر مياه المسقاة غير الملاصقة لأرضه جزاء من أرض المالك حتى تصل الى أرض الجار . ومن ثم يكون للجار أن يحصل أيضا ، الى جانب حق الشرب ، على حق المجرى فى أرض المالك ، وشرط حق المجرى هنا متوافر اذ الجار فى حاجة الى المياه لرى أرضه ، فيأخذها من المسقاة عن طريق الحصول على حق المجرى فى أرض المالك .

وقد يتعدد الملاك المجاورون ، بعض يجاور المسقاة ذاتها وبعض يجاور الأرض التى فيها المسقاة ، أو كلهم يجاورون المسقاة ذاتها ، أو كلهم يجاورون الأرض التى فيها المسقاة . ففى جميع هذه الأحوال ، لا تكون مجاورة المسقاة ذاتها سببا لتفضيل جار على جار آخر ، بل العبرة بالحاجة الى المياه الفائضة . فمن كان من هؤلاء الجيران أشد حاجة من الآخرين الى هذه المياه قدم على الآخرين ، واستوفى حاجته منها قبل غيره . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى كما رأينا : « ويلاحظ أن مالك المسقاة مفضل على الجيران ، فهو الذى يستوفى حاجته من المياه أولا ، ويأتى الجيران بعد ذلك ، فاذا تزاحموا تقدم من كانت حاجته أشد ، ويترك تقدير ذلك للجهة الادارية المختصة » [2] . والجهة الادارية المختصة هنا هى تفتيش الرى .

٤٤٧ — الشرط الرابع — الجار فى حاجة الى رى أرضه :

ويشترط أخيرا ، حتى يحصل الجار على حق الشرب ، أن يكون فى حاجة الى رى أرضه ريا كافيا . فاذا لم يكن عنده مورد من الماء أصلا

---

(١) نظر فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٣٧١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٥٤ ص ٣٩٧ — اسماعيل غانم فقرة ٥١ ص ١٠٩ — عبد المنعم الصدة فقرة ٦٦ ص ١٠٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٧ ص ٦٦ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٤١ .

لرى أرضه ، قامت به هذه الحاجة ، حتى لو كان يستطيع أن يسدها بالالتجاء الى طرق أخرى كحفر بئر ارتوازية أو يجلب المياه من طريق مجرى يطلبه من جار آخر • فالقانون لا يفرض عليه أن يلجأ الى طريقة دون أخرى ، ومادام فى حاجة الى رى أرضه ويستطيع أن يسد هذه الحاجة بالحصول على حق الشرب كان له ذلك • ويستطيع أيضا أن يطلب حق الشرب ، حتى لو كان عنده مورد آخر للمياه ولكنه غير كاف لرى أرضه بأكملها ، كمسقاة صغيرة أو بئر ارتوازى • فالقانون يعطيه الحق فى الشرب لرى أرضه « ريا كافيا » • وتقول المادة ١٦ من قانون الرى والصرف فى هذا الصدد : « اذا رأى أحد ملاك الأطيان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا •• الا باستعمال مسقاة•• فى ارض الغير ••» •

وكما قد يتعدد الملاك المجاورون • قد يتعدد أيضا الملاك الذين يملكون المساقى الخاصة • فاذا كان الجار محاطا بملاك متعددين كل منهم يملك مسقاة خاصة ، فالظاهر أن له أن يختار أيا من هؤلاء الملاك يطالبه بحق الشرب • وهو لا شك يحكم مصلحته فى ذلك ، فيختار المالك الذى يكون الحصول على حق الشرب من مسقاته أيسر من الملاك الآخرين • وليس له أن يتعنت ، فاذا عدل عن هذا المالك الى مالك آخر يكون الحصول على حق الشرب من مسقاته أشد مشقة وأكثر كلفة دون مصلحة ظاهرة ، رده تفتيش الرى عن تعنته ، واختار له أيا من الملاك حق الشرب من عنده هو أيسر •

٤٤٨ — الاجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق الشرب — التعويض الواجب دفعه :

تنص المادة ١٦ من قانون الرى والصرف (المعدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦) على أنه «اذا رأى أحد ملاك الأطيان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا أو صرفها صرفا كافيا الا بانشاء مسقاة أو مصرف فى أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسقاة أو مصرف موجود فى أرض الغير ، وتعذر عليه التراضى مع أصحاب الأراضى ذوى الشأن

أو وكلائهم الرسمين ، فيرفع شكواه لمفتيش الرى ليأمر باجراء التحقيق لرى أرضه ، قامت به هذه الحاجة ، حتى لو كان يستطيع ان يسدها فيهاء وعلى التفتيش أن يطلب جميع الخرائط والمستندات التى يستلزمها بحث الطلب ، فى مـدة لاتجاوز أسبوعين من تاريخ وصول الطلب اليه، ويتولى الباشمهندس اجراء التحقيق فى موقع المسقاة أو المصرف ، وعليه أن يعلن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول كلذى شأن أو وكلاءهم الرسميين بالمكان والوقت الذين يحددهما قبل الانتقال الى الموقع المذكور بأربعة عشر يوما على الأقل • وترفع نتيجة هذا التحقيق الى المفتش الذى يصدر قرارا مسببا باجابة الطلب أو رفضه ، بعد استيفاء التحقيق اذا رأى ضرورة لذلك • ويجب أن يصدر القرار خلال شهرين من تاريخ استيفاء تلك الخرائط والمستندات ، ويعلن القرار المذكورة لكل ذى شأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول ••» •

والنص سالف الذكر لا يتعلق فحسب بحق الشرب ، بل هو أيضـا كما نرى يتناول حق المجرى وحق المسيل ، فاجراءات هذه الحقوق الثلاثة — الشرب ، والمجرى والمسيل — واحدة • ويلاحظ ، فيما يتعلق بحـق الشرب ، أن النص لايذكر حتى شرط الجوار ، فضلا عن شرط ملاصقة أرض الجار المسقاة المالك ذاتها •

ويخلص من النص أن الجار ، اذا أراد الحصول على حق الشرب، ولم يستطع التراضى على ذلك مع مالك المسقاة ، رفع طلبه الى مفتش الرى • وهذا يحيل الطلب الى الباشمهندس لينتقل الى موقع النزاع ويعاين الأراضى المتجاورة على الطبيعة• ثميرفع تقريره الىمفتش الرى بنتيجة المعاينة • وعلى مفتش الرى أن يطلب جميع الخرائط والمستندات التى يستلزمها بحث الطلب ، وله أن يستوفى التحقيق اذا رأى ضرورة لذلك ، وبعد كل هذا يصدر المفتش ، فى خلال شهرين من تاريخ استيفائه للخرائط والمستندات ، قرارا مسببا باجابة طلب الجار الى حق الشرب أو رفض الطلب • وهذا القرار الادارى يجوز الطعن فيه أمام القضاء

الادارى (١) •

واذا قضى القرار باجابة الطلب ، وأجاز للجار الانتفاع بالمسقاة، وجب تعويض مالك المسقاة ، و « يشمل التعويض أداء جزء مناسب من التكاليف الأصلية لتلك المسقاة (أو المصرف) » (م ١٨ رى وصرف)• وتقول المادة ٨٠٨/٢ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا : « وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات انشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما ، بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منهما » • والمفروض هنا أن الأراضى التى تنتفع من المسقاة (أو المصرف) يكون انتفاعها كاملا ، ولذلك يكون التعويض بنسبة مساحة هذه الأراضى • فان كان الانتفاع جزئيا ، وجبت مراعاة ذلك أيضا عند تقدير التعويض ، فيكون وبنسبة مساحة الأراضى وبنسبة هذا الانتفاع الجزئى •

وتنص المادة ٧٧ من قانون الرى والصرف على أنه « فى جميع الأحوال التى يقضى فيها هذا القانون بأداء تعويض ، تقدر قيمته ، عند عدم الاتفاق عليه وديا ، لجنة تشكل برياسة مفتش الرى أو من ينيبه وعضوية مفتش المساحة وعمدة البلد ، ويصدر قرارها بأغلبية الآراء ويكون نهائيا » • ومن ثم تكون هذه اللجنة هى المختصة بتقدير التعويض، ويجوز الطعن فى قرارها أمام القضاء الادارى • وبذلك تكون المنازعات وتقدير التعويضات المتعلقة بالرى والصرف من اختصاص الادارة واللجان

---

(١) ويعاقب قانون الرى والصرف مخالفة الأوامر والقرارات الصادرة وفقا للمادة ١٦ سالفة الذكر بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه (م ٢/٧٢ رى وصرف) . ويختص بالفصل فى الجريمة لجنة ادارية برياسة محافظ الاقليم أو السكرتير العام للمحافظة ووكيل تفتيش الرى أو من ينيبه ، عضو شياخات تعينه لجنة الشياخات . اما فى المحافظات ، بحسب نظام المديريات والمحافظات القديم ، فتشكل اللجنة من المحافظ او من ينوب عنه رئيسا ومن عضو من مصلحة الرى ينتدبه وزير الاشغال العمومية وعضو يختاره المحافظ من الملاك الزراعيين فى المحافظة (م ٧٥ رى وصرف مضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ ومعدلة بالقانون رقم ٣٨٥ لسنة ١٩٥٦) .

الادارية (١) .

ويلاحظ أن التعويض الذى يعطى المالك المسقاة ، فى مقابل حق الشرب الذى حصل عليه جاره ، يشمل جزءا من مصروفات انشاء

---

(١) ونرى من ذلك أن جميع مسائل الرى والصرف . ويدخل فى ذلك الجرائم والعقوبات ، أصبحت الآن من اختصاص الجهة الادارية . وهذه الجهة تفضل الجهة القضائية ، لأنها أقرب الى تفهم طبيعة هذه المسائل وأسرع فى البت فيها ، وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا يقضى باختصاص الجهات الادارية فى هذه المسائل ، فكانت المادة ١١٧٦ من هذا المشروع تنص على أن « تتولى الجهات الادارية المختصة الفصل فى المنازعات المتعلقة بتطبيق المواد ... وفقا للوائح الصادرة فى هذا الشأن » ، ولكن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب حذفت هذا النص ، وتقدمت الى الحكومة برغبة فى أن تعدل اللوائح الادارية الخاصة بهذا الموضوع بما يجعل الجهة الادارية هى المختصة دون غيرها كدرجة أول ، وأن يكون استئناف قراراتها أمام الجهة القضائية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢ — ص ٤٣ فى الهامش) .

وقد كان هناك خلاف قديم ، فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كانت المادة ٣٣/٥٤ من هذا التقنين تجعل المحاكم القضائية المختصة بوجه عام فى المنازعات المتعلقة بحقوق الرى والصرف ، فى الجهة المختصة ، أتكون جهة القضاء وفقا لحكم المادة ٣٣/٥٤ أم جهة الادارة وفقا لأحكام لائحة الترع والجسور التى صدرت فى سنة ١٨٩٤ أى بعد صدور التقنين المدنى السابق ؛ وكان الرأى السليم اذ ذلك هو أن تكون جهة الادارة هى المختصة دون جهة القضاء ، اذ أن لائحة الترع والجسور قد أفردت جهات الادارة بالاختصاص فنسخت أحكام التقنين المدنى السابق فى هذا الشأن . ولكن محكمة النقض قضت بأن تكون كل من الجهة الادارية والجهة القضائية مختصة فى دعاوى وضع اليد ، أما دعاوى الملك فتبقى من اختصاص الجهة القضائية وحدها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٠ ص ٤٢ — وانظر أيضا نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص٦٤٢ — وانظر فيما بين صدور قانون الرى والصرف فى سنة ١٩٥٣ والقانون المعدل له الصادر فى سنة ١٩٥٦ نقض جنائى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٢٣٣ ص ٤٧٩ — ٤ أبريل سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٣٧٩ ص ٧٨٣) .

ولم يعد اليوم مجال لقيام الخلاف القديم ، بعد صدور التقنين المدنى الجديد وبعد قانون الرى والصرف المعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ ، فنصوص هذه التشريعات متضافرة على أن الاختصاص معقود للجهة الادارية دون الجهة القضائية . انظر فى تفصيل هذه المسألة محمد على عرفة فقرة —

المسقاة وجزءا من تكاليف صيانتها على النحو المتقدم الذكر . ولا يشمل جزءا من ثمن الأرض المحفور فيها المسقاة . ذلك لأن المسقاة تبقى ملكا خالصا لصاحبها (١) ، ولا يكون للجار عليها الا حق عينى ليس بحق ارتفاق (٢) . ولما كان الجار يتمتع برى أرضه من المسقاة ، فلا محل اذن لعدم اشتراكه فى مصروفات انشاء المسقاة ، بالرغم من أن بعض الفقهاء قد انتقد اشتراكه فى هذه المصروفات (٣) . ولما كان لم يساهم

= ٢٢٣ — فقرة ٢٢٦ مكررة — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣١٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٢ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض اخيرا بأنه لما كان القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ فى شأن الرى والصرف قد ضمن نصوصه أحوالا خاصة لاستحقاق التعويض عما ينشأ من الأضرار بسبب تنفيذ بعض أحكامه ، ثم نص فى المادة ٧٧ على انه « فى جميع الأحوال التى يقضى فيها هذا القانون بأداء تعويض ولم يتم الاتفاق عليه وديا تقدر قيمته لجنة . . . » ، فانه يبين من ذلك أن اختصاص اللجنة مقصور على نظر طلبات التعويض فى الحالات المحددة فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ . اما طلبات التعويض فى غير هذه الأحوال فان الاختصاص بنظرها يكون للمحاكم صاحبة الولاية العامة بنظر جميع الأنزعة الا ما استثنى منها بنص خاص . لما كان ذلك ، وكان المدعى قد طلب بالدعوى التعويض عن الاضرار التى لحقت بأرضه نتيجة لما يدعيه من أن الحكومة لم تراع الأصول الفنية فى انشاء المصرفين ولم تتعهدهما بالصيانة والتطهير ، وكان التعويض لذلك السبب مما لم يرد عليه نص فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ ، فان اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٧٧ من ذلك القانون لا تختص بنظره ، ويكون الاختصاص به للمحاكم (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض ١٤ رقم ٢٧ ص ٢٠٣) .

(١) انظر فى هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٢٧٣ — محمد على عرفة فقرة ٢٠٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦١ — حسن كيرة فقرة ٦٧ ص ٢٠٧ — وانظر فى أن الاشتراك فى نفقات الانشاء والصيانة كان يجب أن يترتب عليه الاشتراك فى ملكية المسقاة محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢٩٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٣٩٣ .

(٣) ومن هؤلاء الفقهاء شيرون فى بحثه فى نظام الرى فى مصر فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١٧٤ — محمد على عرفة فقرة ٢٠٩ — حسن كيرة فقرة ٦٧ ص ٢٠٨ .

وفى حالة تعاقب طلبات الانتفاع بالمسقاة من الجيران ، وجب على كل جار يأتى لاحقا أن يتحمل ، فوق تكاليف الصيانة ، حصته فى نفقات الانشاء ، ويرد لمن سبقوه من الجيران والمالك نصيب كل منهم فى هذه الحصة .

فى دفع قيمة الأرض التى حفرت فيها المسقاة ، فقد بقيت ملكية المسقاة خالصه لصاحبها كما سبق القول .

وسنرى فيما يلى أن التعويض يدفع مقدما (١) .

٤٤٩ — الاصلاحات الضرورية للمسقاة التى يتعدد المنتفعون بها — نص قانونى :

تنص المادة ٨١١ مدنى على ما يأتى :

« اذ لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالاصلاحات الضرورية ، جاز الزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم » (٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية : لا مقابل للنص فى التقنين المدنى السورى — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٢٠ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى ولا فى قانون الملكية العقارية اللبنانى ولا فى التقنين المدنى الكويتى — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٢٩٦ (٤) .

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٤٥٣ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٧٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٠ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤١ — ص ٤٦) .

(٣) ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق . ولكن المادة ١٨ من لائحة الترع والجسور كانت تقضى بتكليف المنتفعين باصلاح المسقاة أو المصرف ، فاذا تعذر عليهم ذلك اجرت الحكومة الاصلاح على نفقتها ورجعت على المنتفعين بحسب اقتدارهم ، فاذا تحقق عدم الاقتدار تجاوزت الحكومة عن الرجوع .

(٤) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٠ (مطابق) .

والنص يعرض للمسقاة الخاصة وللمصرف الخاص ، ونقتصر هنا على المسقاة الخاصة . فقد يتعدد المنتفعون بها ، وأكثر ما يقع هذا التعدد بأن يكون ملاك هذه المسقاة متعددين وقد اشتركوا جميعا فى انشاء المسقاة ، أو بأن يكون واحد من المنتفعين هو وحده الذى أنشأ المسقاة فى أرضه وحصل المنتفعون الآخرون على حق الشرب منها وفقا للأحكام التى قدمناها (١) . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « واذا انتفع بالمسقاة أو المصرف أشخاص متعددون ، سواء لأنهم اشتركوا جميعا فى الانشاء ، أو لأن واحدا منهم هو المنشىء وثبت للباقى حق الانتفاع وفقا لما تقدم من الأحكام ، فانهم يشتركون جميعا فى الاصلاحات الضرورية ، ويجبرون على ذلك بناء على طلب أى واحد منهم » (٢) .

فاذا كان المنتفعون كلهم ملاكا للمسقاة ، كان لكل منهم أخذ المياه منها بنسبة مساحة ما يملكه من الأرض . وتنص المادة ١٠ من قانون الري والصرف على أن « لأصحاب الأراضى التى تنتفع بمسقاة واحدة مملوكة لهم أخذ المياه منها ، بنسبة مساحة ما يملكه كل منهم من الأراضى المذكورة . ويفصل مفتش الري بقرار نهائى فى كل نزاع ينشأ فى يكفية استعمالهم هذا الحق » (٣) .

= **قانون الملكية العقارية اللبنانى** لا مقابل .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل للنص فيه .

التقنين المدنى الأردنى م ١٢٩٦ : اذا لم يتفق أصحاب حق الشرب على القيام بالاصلاحات الضرورية للنهر المشترك جاز الزامهم بها بنسبة حصصهم بناء على طلب أى منهم .

(والتقنين الأردنى يتفق فى احكامه مع التقنين المصرى) .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤٣ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥ .

(٣) وتنص المادة ١٣ من قانون الرى والصرف على أنه « اذا كانت الأرض الواقعة على جانبى مسقاة أو مصرف خاص مملوكة لملاك متعددين ، اعتبر ، بالنسبة لأعمال التطهير والصيانة ، محور المسقاة أو المصرف حدا فاصلا بين املاكهم ، ما لم يثبت خلاف ذلك » .

وسواء كان المنتفعون كلهم ملاكا للمسقاة أو كان بعض منهم مالكا وبعض له حق الشرب ، فالجميع ملزمون ، كما رأينا ، بتطهير المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم (١) . وتنص المادة ١١ من قانون الري والصرف في هذا الصدد على أن « أصحاب الأراضي المنتفعة بالمساقي والمصارف الخاصة مكلفون على نفقتهم بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها في حالة جيدة » . ويجب فهم هذا النص على معنى واسع . فيدخل فيما يكلف به المنتفعون على نفقتهم جميع الاصلاحات الضرورية للمسقاة . فاذا قامت الحاجة الى اصلاحات ضرورية للمسقاة ، وجب على الجميع القيام بها على نفقتهم ، كل بنسبة مساحة أرضه . ويجوز لأي منهم ، سواء كان هو المنشيء للمسقاة أو كان له عليها حق شرب فقط ، أن يجبر الآخرين على ذلك اذا امتنعوا عن القيام بهذا الالتزام . وهذا الحكم هو ما تؤكده المادة ٨١١ مدني فيما رأينا اذ تقول : « اذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالاصلاحات الضرورية جاز الزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أي واحد منهم » .

وقد تكفلت المادة ١٢ من قانون الري والصرف ببيان الاجراءات التي تتبع لالزام المنتفعين بالقيام بواجبهم من التطهير والصيانة وحفظ الجسور وجميع الاصلاحات الضرورية . وهي تنص على أنه « اذا لم يقم أصحاب الأراضي باجراء ما هو مبين في المادة السابقة (التطهير والصيانة الخ) ، جاز لمفتش الري ، بناء على تقرير الباشمهندس أو على شكوى من ذي شأن ، أن يكلفهم بتطهير المسقاة أو المصرف ، أو بازالة ما قد يعترض سير المياه من عوائق أو أشجار أو خلافه ، أو بصيانتهما ، أو بترميم جسورهما ، أو باعادة انشاء هذه الجسور ، في موعد معين ، والا قام تفتيش الري باجراء ذلك وتحصيل

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤٨ .

النفقات بالطرق الادارية من أصحاب الأراضى كل بنسبة مساحة أرضه التى تنتفع بالمسقاة أو المصرف • ويحسب ضمن هذه النفقات قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بناتج التطهير » • ويتبين من ذلك أن اصلاح المساقى والمصارف الخاصة أمر لا يعنى فحسب المنتفعين بها ، بل يعنى أيضا المصلحة العامة فى الاقتصاد الزراعى ، اذ يقوم تفتيش الرى ، اذا لم يتقدم أحد المنتفعين ، بتكليف هؤلاء باجراء الأعمال اللازمة للاصلاح ، فاذا امتنعوا قام التفتيش نفسه بهذه الأعمال ورجع بالنفقات على المنتفعين •

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادتين ١١ و ١٢ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ فى شأن الرى والصرف المعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ ، أن المشرع جعل مهمة تطهير المساقى الخاصة فى الأصل على عاتق أصحاب الأراضى المنتفعين بها ، واذ كان أمر هذه المساقى لا يعنى المنتفعين بها فحسب ، بل يعنى أيضا المصلحة العامة حماية للثروة الزراعية ، فقد نص المشرع على أنه اذا لم يقم أصحاب الأراضى بواجبهم فى التطهير فان لمفتش الرى سواء بناء على تقرير الباشمهندس أو شكوى ذى شأن ان يكلفهم بذلك فى ميعاد يحدده لهم بحيث اذا امتنعوا تعين على التفتيش ان يقوم بنفسه بهذه الاعمال ويرجع بالنفقات على المنتفعين ، وهو ما صرحت به المادة الثانية عشرة بقولها « والا قام تفتيش الرى باجراء ذلك » (١) •

٢ — المجرى والمسيل

٤٥٠ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٠٩ مدنى على ما يأتى :

« يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية

---

(١) نقض مدنى فى ٢ مارس سنة ١٩٧٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ رقم ١٠٨ صفحة ٥٢٨ •

لرى الأراضي البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي ، بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا » (١) .

ويقابل النص المادة ٣٣/٥٤ من التقنين المدني السابق (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١١٧٣ من المشروع التمهيدي مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن العبارة الأخيرة من النص كانت في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « بشرط أن يعوض عن ذلك مقدما » . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٨ في المشروع النهائي . واستبدل مجلس النواب عبارة « تعويضا عادلا » بكلمة « مقدما » ، ووافق على النص معدلا على هذا الوجه تحت رقم ٨٧٧ . وأقره مجلس الشيوخ بهذا التعديل تحت رقم ٨٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٧ — ص ٣٨) .

(٢) **التقنين المدني السابق** م ٣٣/٥٤ : يجب على كل صاحب أرض أن يجعل ممرا في أرضه للمياه اللازمة لرى الأراضي البعيدة عن مأخذ المياه ، في نظير تعويض يعطى له مقدما بعد تقديره بمعرفة المحاكم . وعند التنازع يحكم بالكيفية التي يكون بها انشاء ذلك الممر ، وما يلزم من العمل بحالة يراعى فيها ما يمكن من تخفيف الضرر . وليس لصاحب الأرض التي يسقيها بآلات أو ترع أن يجبر أصحاب الأراضي التي دونه على قبول مياهه بأراضيهم .

ويتبين من هذا النص أن هناك فروقا بين التقنين المدني السابق والتقنين المدني الجديد تتلخص فيما يأتي : (أ) لم يكن التقنين المدني السابق يقرر حق المسيل ، بل اقتصر على تقرير حق المجرى . ولكن لائحة الترع والجسور التي أعقبت التقنين المدني السابق في سنة ١٨٩٤ تلافت هذا النقص ، فقررت المادة ١٥ من هذه اللائحة حق المسيل اسوة بحق المجرى . ولما كانت لائحة الترع والجسور تشريعا لا يسرى على الأجانب (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٧) ، فقد صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩١٢ يعدل المادة ٥٤ من التقنين المدني المختلط ويقرر حق المسيل . (ب) وفي حق المجرى يختلف التقنين المدني السابق عن التقنين المدني الجديد في مسألتين : أولاهما أن التقنين السابق لم يسمح بحق المجرى الا للمياه « اللازمة » لرى الأرض ، لا للمياه « الكافية » التي يسمح بها التقنين الجديد . والمسألة الثانية ان التقنين السابق قد فرض اختصاص المحاكم القضائية في مسائل الصرف والرى دون الجهة الادارية ، أما في التقنين الجديد فهذا الاختصاص للجهة القضائية غير مقرر ، والذي تقرر على العكس من ذلك هو اختصاص الجهة الادارية ، كما بينا فيما تقدم (انظر آنفا فقرة ٤٤٨ في الهامش) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربيـــة الأخرى : فى التقنين المدنى السـوري م ٩٦٣ — ٩٦٤ و ٩٦٨ و ٩٨٠ — ٩٨١ و ٩٨٤ — ٩٨٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨١٨ — وفى التقنين المدنى العراقى المواد ١٠٥٢ — ١٠٥٤ و ١٠٥٨ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى المواد ٥٩ — ٦٠ و ٦٤ و ٧٧ — ٧٨ و ٨١ — ٨٣ — ولامقابل فى التقنين المدنى الكـويتى — وفى التقنين المـدنى الأردنى المـواد ١٣٠٠ و ١٣٠٤ و ١٣٠٥ (١) .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٩٦٣ — ٩٦٤ (تقرر أن حق المسـيل للمياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضى العالية والمياه والعيون النابعة) .

م ٩٦٨ : على كل مالك عقار أن يبنى سطوحه بصورة تسيل معها مياه الأمطار فى أرضه أو فى الطرق العمومية ، مع مراعاة الأنظمة الخاصة المتعلقة بالطرقات . ولايجوز له اسالة هذه المياه فى الأرض المجاورة .

م ٩٨٠ : يمكن لكل مالك عقار يريد أن يسـتعمل لرى أرضـه المياه الطبيعية أو الاصطناعية ، التى يكون له حق التصرف بها ، أن يحصل على مرور هذه المياه فى الأراضى المتوسطة بينها وبين أرضه ، بشرط أن يدفع عن ذلك تعويضا معجلا .

م ٩٨١ : يمكن أيضا لمالك العقار المذكور أن يحصـل ، لقاء تعويض معجل على اجازة لامرار المياه التى تسـيل من أرضـه بعد ريها على هذه الصورة ، فى الأراضى التى تكون تحتها .

م ٩٨٤ : ١ — لكل مالك عقار ، يريد اصلاح أرضه باسالة مياهها أو بأية طريقة أخرى للتجفيف ، أن يمرر هذه المياه مقابل تعويض عادل معجل الدفع ، تحت الأرض أو فوقها ، عبر الأراضى الفاصلة بين أرضه وبين مجرى ماء أو أى خندق آخر لمسيل المياه . ٢ — ويستثنى من هذا الارتفاق البيوت والباحات والحدائق والجنائن والعرصات المسورة المجاورة للمساكن .

م ٩٨٥ : يحق لمالكى العقارات المجاورة أو التى تجتازها المياه أن يستعملوا المنشآت المحدثة ، عملا بالمادة السابقة ، لاسالة مياه أراضيهم . وفى هذه الحالة يلزمهم : (أ) قسم من أكلاف المنشآت بنسبة استفادتهم منها . (ب) النفقات الناجمة عن التحويرات التى قد يترتب احداثها لاستعمال هذا الحق . (جـ) الحصة التى تصيبهم فيما بعد من أكلاف صيانة هذه المنشـآت التى تصبح مشتركة .

م ٩٨٦ : ان المنازعات التى قد تسفر عن احداث حق الارتفاق هـذا وعن اسـتعماله ، وعن تحديد ممر المياه ، وعن القيام بالأشـغال اللازمة لاسالة المياه أو للتجفيف ، أو عن التعويضـات . وأكلاف الصـيانة ٪ =

ويقرر النص حق المجرى للأراضي البعيدة عن مورد المياه ، وحق المسيل للأراضي البعيدة عن المصارف العامة ، والمسيل يقابل المجرى ؛

= ترفع الى قاضي صلح المنطقة الذي يتوجب عليه ، عند اصدار حكمه ، أن يوفق بين مصالح المشروع وبين الاحترام الواجب لحق الملكية .

التقنين المدني الليبي م ٨١٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٥٢ — ١٠٥٤ (توافق المواد ٩٦٣ — ٩٦٤ و٩٦٨ من التقنين السوري) .

م ١٠٥٨ : ١ — على صاحب الأرض ان يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري اراضي غيره البعيدة عن مورد المياه ، وليس فيها ماء للزراعة ، ولا سبيل لمرور المياه فيها مباشرة ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب فى اقرب مصرف عام ، بشرط أن يدفع لصاحب الأرض مقدما اجرا سنويا ، وعلى شرط الا يخل ذلك بانتفاع صاحب الأرض اخلالا بينا . ٢ — وعلى صاحب الأرض أن يسمح كذلك بأن تقام على ارضه الانشاءات الفنية الضرورية للمجرى المسيل اللازمين للاراضي البعيدة ، بشرط ان يستوفى عن ذلك اجرا سنويا مقدما . وله أن يستفيد من هذه الانشاءات بشرط أن يتحمل من مصروفات انشائها وصيانتها قدرا يتناسب مع استفادته. ٣ — اذا لم يتفق الطرفان على الأجر ، تولت تقديره المحكمة .

قانون الملكية العقارية اللبناني :

م ٥٩ — ٦٠ و ٦٤ (توافق المواد ٩٦٣ — ٩٦٤ و ٩٦٨ من التقنين السوري) .

م ٧٧ — ٧٨ و ٨١ — ٨٣ (توافق المواد ٩٨٠ — ٩٨١ و ٩٨٤ — ٩٨٦ من التقنين السوري) .

التقنين المدني الكويتي : لا مقابل .

التقنين المدني الأردني م ١٣٠٠ : ١ — لكل مالك عقار يريد أن يستعمل لري المياه الطبيعية أو الاصطناعية التى يكون له حق التصرف بها ان يحصل على مرور هذه المياه فى الأراضي المتوسطة بينها وبين ارضه بشرط ان يدفع عن ذلك تعويضا معجلا وعلى شرط ان لايخل ذلك بانتفاع صاحب الأرض اخلالا بينا ، واذا اصاب الأرض ضرر من جراء ذلك فان لصاحب الأرض ان يطلب تعويضا عما اصابه من ضرر . ٢ — وعلى صاحب الأرض ان يسمح بأن تقام على ارضه الانشاءات اللازمة لحق المجرى لأرض مجاوره لقاء تعويض يدفع مقدما وله الانتفاع بهذه المنشآت على أن يتحمل من مصروفات اقامتها ومقابل الانتفاع بها قدرا يتناسب مع مايعود عليه من نفع .

م ١٣٠٤ : لمالك الأرض الزراعية الذي يروى أرضه بالمياه الطبيعية أو الصناعية حق تصريف المياه غير الصالحة أو الزائدة عن حاجته بمرورها فى أرض الغير مقابل تعويض مناسب .

م ١٣٠٥ : لملاك الأراضي التى تجرى فيها مياه المسيل ان ينتفعوا بالمنشآت الخاصة بتصريف مياه اراضيهم على ان يتحمل كل منهم نفقات اقامة المنشآت وتعديلها وصيانتها بنسبة ما يعود عليه من فائدة .

(واحكام التقنين الأردني تتفق فى مجموعها مع احكام التقنين المصري) .

وقد يقابل الشرب كما سنرى • وكلاهما يجب للحصول عليه توافر شروط معينة • وله اجراءات ، ويجب ان يدفع عنه تعويض عادل • والمنتفعون بالمروى (فى حق المجرى وكذلك فى حق الشرب) أو بالمصرف (فى حق المسيل) يلتزمون باجراء الاصلاحات الضرورية للمروى او المصرف . كذلك يكون المنتفع بالمروى او بالمصرف مسئولا عن الضرر الذى يصيب الارض التى يمر بها اى منهما • ونبحث هذه المسائل على التعاقب •

٤٥١ — المسيل يقابل المجرى وقد يقابل الشرب :
يأخذ حق المسيل احدى صورتين :

١ — فهو فى الاصل يقابل حق المجرى . فكما يكون للجار حق المجرى لمرور مياه الرى من أرض جاره حتى تصل الى أرضه ، كذلك يكون له حق المسيل لمرور مياه الصرف بعد رى أرضه من أرض جاره حتى تصل الى أقرب مصرف عام (م ٨٠٩ مدنى) •

٢ — وقد يقابل حق المسيل حق الشرب ، وقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٨٠٨ مدنى تقضى بأنه يجوز للجار أن يستعمل المسقاة أو المصرف المملوك لجاره لأخذ مياه الرى من المسقاة ولتصريف مياه الصرف فى المصرف •

ومن ثم يكون هناك تقابل كامل بين الرى والصرف • فتارة يستعمل الجار مسقاة جاره للرى وهذا هو حق الشرب الذى فصلناه فيما تقدم • ويستعمل مصرف جاره للصرف وهذا هو حق المسيل فى احدى صورتيه المتقدمتى الذكر ، وطورا لايستعمل الجار مسقاة جاره ولا مصرفه ، وانما يجرى مياه الرى فى أرض جاره لتصل الى أرضه وهذا هو حق المجرى ، ويصرف مياه الصرف عبر أرض جاره فى ممر هو الذى ينشئه على نفقته لتصل المياه بواسطة هذا الممر الى المصرف العام وهذا هو حق المسيل فى صورته الأخرى •

٤٥٢ — الشروط الواجب توافرها لكل من حق المجرى وحق المسيل:

للحصول على حق المجرى أو حق المسيل يجب توافر الشرطيـــن الآتيين :

(الشرط الأول) يجب أن يكون من يطلب هذا الحق جارا لمالـــك الارض التي يراد استعمال الحق فيهـــا •

ففيما يتعلق بحق المجرى يجب أن يكون طالب هـــــذا الحق مالكا للارض المجاورة للارض التى يطلب فيها انشاء المجرى أو المروى • وهو ينشىء المروى فى أرض جاره على نفقته ، حتى يجلب عن طريقها ميـــاه الرى الكافيه لرى أرضه ، فتمر هذه المياه عبر هذا المروى • ومياه الرى التى يجلبها قـــد يأخذها من النيل مباشرة بانشاء مأخـــذ للمياه فى جسر النيل ، أو يأخذها من مأخذ فى جسر أحدى الترع العامة ، أو فى جسر ترعه خاصة مملوكة له ، او فى جسر ترعة خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب وفقا للقواعد التى أسلفناها أو بالاتفاق مع صـــاحب هذه الترعة • وتقول المذكرة الايضـــاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « أما حق المجرى فقد أعطاه المشروع لمالك الأرض البعيدة عن مأخذ المياه ، فتمر من أرض الجار المياه الكـــافية لرى أرضـــه ، وهى ميـــاه يأخـــذها من ترعة عامة ، أو من ترعة خاصـــة مملـــوكة له ، أو من ترعة خاصة مملوكة للغير ولكن تقرر له عليها حق الشرب » (١) • ويلاحظ أن الجار اذا جلب مياه الرى من النيل مباشرة أو من ترعة عامة، وجب عليه الحصول على ترخيص فى ذلك من وزارة الرى (م ٣٦ رى وصرف) • فيتعين عليه اذن أن يحصل أولا على هذا الترخيص من جهة الادارة ، حتى يســـتطيع أن يطالب بعد ذلك بحق المجرى • ولما كانت الادارة هى المختصـــة بالترخيص فى مأخذ الميـــاه وباتخاذ الاجراءات اللازمة للحصول على حق المجرى ، فهى لن تتخذ هذه الاجراءات حتى تمنح الجار هذا الترخيص • فلذا مارفضت اعطاءه الترخيص لم تصـــد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤ •

هناك فائدة من تقرير حق المجرى فى الأرض التى عينها الجار ، اذ قد يأخذ ترخيصا بمأخذ للمياه فى موضع اخر تتغير الأرض التى يتقرر عليها حق المجرى (١) . هذا وقد يكون مأخذ المياه الذى أنشأه الجار مفصولا عن أرض الجار ليس فحسب بأرض جاره المباشر ، بل أيضا بأرض أو أراضى أخرى تجاور أرض الجار المباشر ، فعندئذ يحصل الجار على تقرير حق المجرى فى جميع هذه الأراضى أرضا بعد أخرى ، حتى يستطيع جلب مياه الرى الى أرضه .

وفيما يتعلق بحق المسيل فى صورته الأولى ، وهو المسيل المقابل للمجرى ، يجب أيضا أن تكون الأرض التى ينشىء فيها الجار المصرف على نفقته مجاورة لأرضه ، حتى يسيل ماء الصرف منها فتصل الى أقرب مصرف عام . وقد يقتضى وصولها الى أقرب مصرف عام أن يخترق المصرف الذى ينشئه الجار أراضى متعددة ، الأرض المجاورة والأراضى الأخرى التى تجاورها ، فيتقرر حق المسيل على هذه الأراضى جميعها أرضا بعد أخرى . ويختلف حق المسيل هنا عن حق المجرى فى أن حق المسيل يتقرر لتصل مياه الصرف الى أقرب مصرف عام ، لا الى مصرف خاص سواء كان مملوكا للجار أو مملوكا للغير كما هو الأمر فى حق المجرى كما بينا (٢) . وفيما يتعلق بحق المسيل فى صورته الأخرى ، وهو المسيل المقابل للشرب ، فقد رأينا أن المادة ٨٠٩/٢ مدنى تنص على أنه « يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو

---

(١) انظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٠٣ — محمد على عرفة فقرة ٢١٣ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥٧ ص ٤٠٠ — اسماعيل غانم فقرة ٥٢ ص ١١٥ — حسن كيرة فقرة ٦٨ ص ٢٠٩ — ص ٢١٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٧ ص ١٠٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ — وقرب شفيق شحاتة فقرة ٦٧٥ ص ٣٦٧ — وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٥٣ .

(٢) انظر فى انتقاد ذلك محمد على عرفة فقرة ٢١٩ ص ٢٧٦ .

المصرف قد استوفى حاجته منها • وعلى الملاك المجاورين فى هذه الحالة أن يشتركوا فى نفقات انشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما بنسبة مساحة أراضيهم التى تنتفع منها » • فما قدمناه فى المسقاة ينطبق أيضا على المصرف (١) • فيشترط أن يكون للمالك مصرف خاص ، وقد استوفى حاجته أولا من هذا المصرف ، وأن يكون طالب حق المسيل جارا للأرض وليس من الضرورى أن يكون ملاصقا للمصرف ذاته (٢) • فعند ذلك يجوز لهذا الجار أن يطلب الحق فى صرف المياه بعد رى أرضه فى المصرف الخاص الذى لجاره • ولا يمتد حق الجار فى هذه الصورة الى أبعد من أرض جاره المباشر الموجود فيها مصرفه الخاص ، فان مياه المصرف

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤٣ وما بعدها .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ منصور مصطفى منصور اذ يقول : « اما بالنسبة لحق الصرف فى مصرف الجار الخاص ، فيجب ان تكون الأرض التى تحتاج الى الصرف مجاورة للمصرف ذاته ، اذ لو كانت مجاورة للأرض التى فيها المصرف دون أن تجاور المصرف ذاته ، لاقتضى الأمر امرار مياه الصرف فى أرض الجار لتصب فى مصرفه الخاص ، والمشرع لم يجز امرار مياه الصرف فى الأرض المجاورة التى يملكها الغير الا لكى تصب فى مصرف عمومى » (منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ص ٦٩) . وانظر ايضا فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٣٧٩ ص ٣٧٠ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٦١ — اسماعيل غانم فقرة ٥٣ ص ١١٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٨ .

واذا استقامت هذه الحجة من ناحية التحليل اللفظى للنصوص ، فان المفهوم بوجه عام من مجموع النصوص أن هناك صورتين للصرف : (الصورة الأولى) تتحقق حيث يعطى الجار حق المسيل على المصرف الخاص للمالك ، وفى هذه الصورة يكون المفهوم هو ان الجار يصل الى المصرف الخاص بالوسيلة الممكنة ، ولو بشق ممر لمياه الصرف حتى تصب عن طريقه فى المصرف الخاص للمالك . ولهذا نظير فى حق الشرب ، فقد قدمنا أنه متى ثبت للجار حق الشرب من مسقاة المالك ، واقتضى الأمر شق مجرى فى أرض المالك لتوصيل مياه المسقاة الى أرض الجار ، كان للجار ان يشق هذا المجرى (انظر آنفا فقرة ٤٤٦) . (والصورة الثانية) تتحقق حيث يعطى للجار حق شق مصرف فى أرض المالك ، وفى هذه الصورة وحدها اشترط القانون أن يصب المصرف الخاص الذى شقه الجار فى أقرب مصرف عام (م ٨٠٩ مدنى) .

وغنى عن البيان أن من يشترطون مجاورة المسقاة ذاتها فى حق الشرب يشترطون كذلك مجاورة المصرف الخاص ذاته فى حق المسيل (انظر آنفا فقرة ٤٤٦ فى الهامش) .

تكون قد وصلت بوصولها لهذا المصرف الى غايتها ، وتسيل بعد ذلك مع مياه صرف المالك الى المصرف العام أو المصرف الخاص أخذى تستقر فيه مياه هذا المصرف •

(الشرط الثانى) يجب أن يكون الجار فى حاجة الى رى أرضه عن طريق المجرى ، أو الى صرف مياهه عن طريق المصرف •

ففيما يتعلق بحق المجرى ، يجب أن تكون الوسيلة الوحيدة لدى أرض الجار هى انشاء مروى فى أرض جاره حتى تصل اليه مياه الرى عن طريقها • فاذا كانت لديه وسيلة أخرى للرى ، كأن كان يستطيع رى أرضه ريا كافيا عن طريق ابار ارتوازيه ، او عن طريق مراو اخرى حصل عليها بالاتفاق مع جيرانه الآخرين ، فليس ثمة به حاجة الى حق المجرى فى أرض جاره ، اذ هو فى غنى عنه بهذه الوسائل الأخرى • ويجب أن تكون هذه الوسائل الأخرى من شأنها أن يستطيع عن طريقها رى أرضه ريا كافيا ، فقد صرحت المادة ٨٠٩ مدنى كما رأينا بأن المياه التى تمر بأرض الجار هى « المياه الكافية لرى الأراضى البعيدة عن مورد المياه » (١) • هذا من جهة ، ومن جهة أخرى اذا حصل الجار على حق المجرى ، وجب أن تكون المروى من السعة بحيث يمكن أن تجلب « المياه الكافية » لرى أرضه ، على ما صرح به النص فيما رأينا • وقد كان

---

(١) وقد توسع القضاء المختلط فى منح حق المجرى بالرغم من ضيق نصوص التقنين المدنى المختلط وعدم تطبيق لائحة الترع والجسور لأن اللائحة لم تكن سارية على الأجانب ، فكان يقضى بمنح حق المجرى اذا ثبت انه الوسيلة الوحيدة لاستغلال الأرض بطريقة عملية مقبولة ، حتى لو كان من غير المستحيل الحصول على الماء بوسيلة أخرى ، ويمنح هذا الحق أيضا حتى لو كانت المياه تصل الأرض ولكنها لا تكفى الا للزراعة الشتوية ، وبأن من حق الجار ان يحصل على المياه الكافية باقامة آلة رافعة فى ارض المالك اذا ثبتت فائدة هذه الآلة (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٤٦ — ٥ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٣) — فمن باب أولى تطبيق هذه الأحكام بعد أن توسع التقنين المدنى الجديد وقانون الري والصرف فى حق المجرى . انظر محمد على عرفة فقرة ٢١١ ص ٢٦٧ — ص ٢٦٨ •

التقنين المدنى السابق (م ٣٣/٥٤) يقتصر على السماح بانشاء ممر فى أرض المالك « للمياه اللازمة لرى الأراضى البعيدة عن ماخذ المياه » ، فكان يمكن تفسير ذلك بأن الجار اذا كان يصله الماء فعلا لم يستطع ان يحصل على حق المجرى فى أرض جاره ، حتى لو كان الماء الذى يصله لا يسمح برى الارض كلها ريا كافيا » (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن حق المجرى لا يتقرر وفقا للمادة ٣٢ من القانون المدنى الملغى والمادة ٨٠٩ من القانون المدنى القائم والمادة التاسعة من لائحة الترع والجسور لمجرد ما أوجبه القانون فى هذه المواد على مالك الارض من السماح بأن تمر فى أرضه المياه الكافية لرى الأطيان البعيدة عن مورد الماء بل يجب لذلك أن يتقدم صاحب الأرض الذى يرى انه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا والذى تعذر عليه التراضى مع مالك الارض التى يمر بها المجرى ، يطلب الى المحكمة أو الجهة المختصة لتقرير هذا الحق له وبيان الكيفية التى يكون بها انشاء المجرى وتحديد التعويض الذى يدفعه مقابل تقرير هذا الحق ، اذ أن تقرير هذا الحق لا يكون الا مقابل تعويض عادل (٢) .

وفيما يتعلق بحق المسيل فى صورتيه ، يجب أيضا أن تكون الوسيلة الوحيدة لصرف مياه الجار هى حصوله على حق مسيل فى أرض جاره . فاذا كانت لديه وسائل أخرى ، كأن استطاع أن يصرف المياه من طريق آخر ولو كان بعيدا ، أو حصل بالاتفاق مع جيران آخرين على حق مسيل فى أراضيهم ، لم يعد له بعد ذلك أن يطلب حق المسيل فى أرض جاره . وما قلناه فى الرى الكافى يقال أيضا فى الصرف الكافى ، فيجب أن يمكن الجار من صرف مياهه صرفا كافيا (٣) . والمياه التى يطلب من أجلها

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٢١١ ص ٢٦٧ .

(٢) نقض مدنى فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ صفحة ١٠٤٣ .

(٣) فاذا كان يستطيع صرف مياهه صرفا غير كاف ، لم يمنعه ذلك =

حق المسيل هى المياه التي تتخلف بعد رى أرض الجار ، أما المياه التى تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضى المرتفعة كمياه الأمطار فهذه لا يقرر القانون حق مسيل بالنسبة اليها • وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصا يعطى حق المسيل لهذه المياه أيضا ، فكانت المادة ١١٧٧ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « على مالك الأرض المنخفضة أن يسمح بأن تنزل فى أرضه المياه التى تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضى المرتفعة عنها كمياه الأمطار ، وليس لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم جسرا يسد الماء ، كما أنه ليس لمالك الأرض المرتفعة أن يأتى ما من شأنه الزيادة فيما يجب أن تتحمله الأرض المنخفضة من ذلك » (١) • وكان حق المسيل الذى قرره المشروع التمهيدى فى هذا الخصوص يتعارض مع التقنين المدنى السابق ، اذ كانت المادة ٤٢/٦٤ من هذا التقنين تنص على أنه « يجب على كل مالك أن يصرف فى أرضه أو فى الطريق العام مياه الأمطار ومياهه المنزلية بالتطبيق على اللوائح الصحية » • ولما عرض نص المشروع التمهيدى سالف الذكر على لجنة المراجعة ، قررت حذفه لعدم الحاجة اليه فى مصر ، حيث يقل نزول الأمطار (٢) •

= من طلب حق المسيل • ونص المادة ١٦ من قانون الرى والصرف صريح فى هذا المعنى اذ يقول : « اذا رأى أحد ملاك الأطيان أنه يستحيل أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا أو صرفها صرفا كافيا الا بانشاء مسقاة أو مصرف فى أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسقاة أو مصرف موجود فى أرض الغير .. » .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز أن يدفع ضد الجار الذى يطالب بحق المسيل بأن فى امكانه صرف مياهه بوسائل ميكانيكية (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٢) . وانظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣١٤ ص ٤١٦ .

(١) أنظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥ . هذا وينظم صرف المياه المنزلية القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٠ الخاص بصرف مياه المبانى والمواد المتخلفة فى المجارى المقامة . وكان القضاء المختلط يقضى بوجود حق مسيل للمياه التى تنحدر بفعل الطبيعة من أرض عالية الى أرض منخفضة بالرغم من عدم وجود نص يقضى بذلك (استئناف مختلط أول يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٤١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٣ فى الهامش — وهذا =

٤٥٣ — اجراءات الحصول على حق المجرى وحق المسيل والتعويض الواجب — احالة :

بينا فيما تقدم (١) ، الاجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق الشرب ، وهذه الاجراءات هي نفسها الاجراءات الواجب اتباعها للحصول على حق المجرى وعلى حق المسيل فى كل من صورتيه . وقد رأينا المادة ١٦ من قانون الرى والصرف تقضى بأنه فى حالة ما اذا رأى الجار أنه « يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا أو صرفها صرفا كافيا الا بانشاء مسقاة (وهذا هو حق المجرى) أو مصرف (وهذا هو حق المسيل فى احدى صورتيه) فى أرض ليست ملكه ، أو باستعمال مسقاة (وهذا هو حق الشرب) أو مصرف (وهذا هو المسيل فى الصورة الأخرى) موجود فى أرض الغير ... » ، فانه اذا لم يستطع التراضى مع أصحاب الأراضى ذوى الشأن ، يقدم طلبا الى مفتش الرى . ويتولى الباشمهندس اجراء التحقيق فى موقع المسقاة والمصرف ، ويسير بعد ذلك فى اجراءات معينة سبق بيانها (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحق الذى يتولد من ترخيص جهة

= لا يمنع من كسب حق ارتفاق بصرف مياه الأمطار ونحوها فى أرض الجار بطريق الاتفاق وبطريق تخصيص المالك ، وكذلك بالتقادم اذا وجدت علامات ظاهرة لاستعمال هذا الحق » محمد على عرفة فقرة ٢١٧ ص ٢٧٤ — حسن كيرة فقرة ٦٩ ص ٢١٣ هامش ١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٨ ص ١٠٦ هامش ١ » .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤٨ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٤٨ — واذا حصل الجار على حق المجرى فى أرض المالك ، وكان المالك نفسه أرضه بعيدة عن مورد المياه وتوافرت فيه شروط الحصول على حق الشرب ، فانه يستطيع أن يحصل على حق الشرب من مروى الجار المشقوقة فى أرضه (آنفا فقرة ٤٤٦ — وانظر محمد كامل مرسى فقرة ٣٠٩ — شفيق شحاته فقرة ٣٧٧ ص ٣٦٩ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥٤ ص ٣٩٧ وفقرة ٣٥٩ ص ٤٠١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٧ ص ١٠٥) . وكذلك اذا حصل الجار على حق المسيل فى أرض المالك فانشأ مصرفا خاصا ، جاز للمالك اذا توافرت فيه هو أيضا شروط الحصول على حق المسيل ان يحصل على هذا الحق ، ويصرف مياهه فى المصرف الخاص المملوك لجاره والمشقوق فى أرضه .

الادارة بانشاء مسقاة فى أرض الغير ليجرى بها المياه توصلا لاستعمالها فى رى أرض الجار هو حق المجرى والشرب وهو الحق المقرر بالمادتين ٨٠٨ و ٨٠٩ من القانون المدنى ، وتقرير هذا الحق يختلف عن حق الملكية ، فالحيازة باستعمال المسقاة فى الرى ركونا الى ذلك الحق تعتبر حيازة بسبب معلوم غير أسباب الملكية مما تنتفى معه نية تملك أرض المسقاة وتبقى هذه الحيازة المتجردة من هذه النية غير صالحة للتمسك بالتملك مهما طال أمدها الا اذا حصل تغيير فى سببها (١) .

ويجب أن يعوض المالك عن حق المجرى وحق المسيل كما يعوض عن حق الشرب فيما رأينا . فاذا كان المطلوب شق مروى أو مصرف فى أرض المالك للمجرى أو للمسيل ، تحمل الجار كل نفقات انشاء المروى أو المصرف وجميع تكاليف صيانته ، وسنرى أنه اذا أصاب أرض المالك ضرر من المروى أو المصرف فللمالك أن يطلب تعويضا عما أصابه من الضرر . واذا كان المطلوب الانتفاع بمسقاة المالك أو بمصرفه ، فان التعويض يكون باشتراك الجار « فى نفقات انشاء المسقاة أو المصرف وصيانتهما ، بنسبة مساحة (أرضه) التى تنتفع منها » (م ٨٠٨/٢ مدنى) . وتقدر قيمة التعويض على النحو سالف الذكر ، عند عدم الاتفاق عليه وديا ، لجنة تشكل برياسة مفتش الرى أو من ينيبه وعضوية مفتش المساحة وعمدة البلد ، ويصدر قرارها بأغلبية الآراء ، ويكون نهائيا . وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٠٩ مدنى يقضى بأن يدفع التعويض مقدما ، ولكن هذا الحكم الخاص بتعجيل التعويض حذفه مجلس النواب ، واستبدل به أن يكون التعويض «تعويضا عادلا» (٢).

---

(١) نقض مدنى فى ٢ فبراير سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ رقم ١١٢ صفحة ٥٧٣ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٥٠ فى الهامش — وكانت المادة ٥٤/٣٣ من التقنين المدنى السابق تقضى ، فيما يتعلق بحق المجرى ، بدفع التعويض مقدما . فكانت المحاكم تقضى بعدم جواز البدء باعمال الانشاء قبل دفع التعويض ، وبأن للمالك الحق فى رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة لمنع =

ولكن المادة ١/١٨ من قانون الري والصرف ، وقد صدر هذا القانون بعد صدور التقنين المدني الجديد ، تنص على ما يأتي : « لا ينفذ القرار الصادر بمقتضى المادتين السابقتين (ويدخل القرار الذي يعطى الجار حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل) الا بعد أداء تعويض لجميع الأشخاص الذين لحقهم ضرر من هذا القرار » . ومعنى ذلك أن يدفع التعويض مقدما ، فلا يجوز اذن تقسيطه (١) ، بل يجب تعجيله جملة واحدة . ومن ثم لا يجوز البدء بأعمال الانشاء قبل دفع التعويض الواجب ، أما فيما يتعلق بمصروفات الصيانة فيدفعها الجار على دفعات ، معجلة أيضا في كل دفعة ، بحسب ما تقتضيه أعمال الصيانة ، كل هذا الا اذا تم اتفاق بين أصحاب الشأن على غير ذلك (٢) .

= المضى في الأعمال التي بدأت قبل ذلك (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٧) ، وبأن وجوب دفع التعويض مقدما يتعارض مع جعله مرتبا سنويا (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن تقرير حق المجرى لا يكون الا مقابل تعويض عادل (نقض مدني في ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ رقم ١٦٢ صفحة ١٠٤٣) .

(١) انظر عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٢١٤ ص ٢٧٢ .

(٢) ولا يكسب حق المجرى أو حق المسيل الا باتباع هذه الاجراءات . وقد قضت محكمة النقض بأن حق المجرى لا يتقرر لمجرد ما أوجبه القانون على مالك الأرض من السماح بأن تمر في أرضه المياه الكافية لري الأطيان البعيدة عن مورد الماء ، بل يجب لذلك أن يتقدم صاحب الأرض الذي يرى أنه يستحيل أو يتعذر عليه ري أرضه ريا كافيا ، والذي تعذر عليه التراضي مع مالك الأرض التي يمر بها المجرى ، يطلب الى المحكمة أو جهة الادارة المختصة لتقرير هذا الحق وبيان الكيفية التي يكون بها انشاء المجرى وتحديد التعويض الذي يدفعه مقابل تقرير هذا الحق له ، اذ أن تقرير هذا الحق لا يكون الا مقابل تعويض عادل (نقض مدني ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ رقم ١٦٢ صفحة ١٠٤٣) .

وهناك حالة خاصة لحق المجرى نصت عليها المادة ٥٢ من قانون الري والصرف ، اذ تقول : « اذا تحول النيل عن مجراه حتى تكون بذلك جزيرة صغيرة أو طرح بحر تجاه أرض مقام عليها آلة رافعة مرخص بها ، ورأت الحكومة بيع الجزيرة أو الأرض أو ايجارها ، فلصاحب الآلة الحق في حفر مسقى في الأرض الجديدة لايصال المياه الى تلك الآلة ، دون اداء اى تعويض » . انظر في هذه المسألة محمد على عرفة فقرة ٢١٥ .

٤٥٤ — تعدد المنتفعين بالمصرف — احالة :

بقى مما سبقت الاشارة اليه حالة ما اذا كان حق المسيل قد تقرر على مصرف خاص للمالك ، فأصبح المنتفع بهذا المصرف كل من المالك الذى أنشأه والجار الذى حصل على حق المسيل • وقد راينا أن المادة ٨١١ مدنى تنص على أنه « اذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالاصلاحات الضروريه ، جاز الزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب اى واحد منهم » • وقد سبق بيان ذلك فيما يتعلق بالمسقاة الخاصة (١) ، وما ذكرناه فى هذا الشأن ينطبق على المصرف الخاص • فقد يكون هذا المصرف ملكا لأشخاص متعددين اشتركوا جميعا فى انشائه ، أو يكون ملكا لواحد منهم والباقى ينتفعون به بموجب حق المسيل • وفى جميع الأحوال يلزم المنتفعون بالقيام بالاصلاحات الضرورية للمصرف وتطهيره وصيانته وحفظ جسوره • وتقول المادة ١١ من قانون الرى والصرف فى هذا الصدد كما راينا (١) : « أصحاب الأراضى المنتفعة بالمساقى والمصارف الخاصة مكلفون على نفقتهم بتطهيرها وصيانتها وحفظ جسورها فى حالة جيدة » • ويكون ذلك بنسبة ما يملكه كل منهم من الأراضى التى تنتفع بالمصرف • ويجوز لأى من المنتفعين ، سواء كان هو المنشىء للمصرف أو كان من المنتفعين بموجب حق المسيل ، أن يجبر الآخرين على ذلك اذا امتنعوا عن القيام بهذا الالتزام •

وقد تكفلت المادة ١٢ من قانون الرى والصرف ببيان الاجراءات التى تتبع لالزام المنتفعين القيام بهذا الواجب ، وقد سبق بيان ذلك فيما يتعلق بالمسقاة الخاصة (٣) ، وما ذكره هناك ينطبق هنا •

٤٥٥ — مسئولية مالك المروى أو المصرف — نص قانونى :

تنص المادة ٨١٠ مدنى على ما يأتى :

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٤٩ •

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٤٩ •

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٤٩ •

« اذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها ، ســواء أكان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور ، فان لمالك الأرض أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : لا مقابل فى التقنين المدنى السورى — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨١٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٥٨/١ — ولا مقــابل فى قانون الملكية العقارية اللبنانى ولا فى التقنين المدنى الكويتى — وفى التقنين المدنى الأردنى المادتين ١٣٠٠/١ و ١٣٠١ (٣) .

والمفروض هنا أن الجار هو الذى أنشــأ المروى فى أرض المالك بموجب حق المجرى ، أو أنشأ المصرف بموجب حق المسيل . فعليه أن يقوم على نفقته بتطهير المروى أو المصرف ، وصيانته ، وحفظ جسوره فى حالة جيدة (م ١١ رى وصرف) . فاذا قصر فى ذلك ، وأصاب أرض

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هــذا النص فى المــادة ١١٧٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنــة المراجعة تحت رقم ٨٧٩ فى المشروع النهــائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٧٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠ — ص ٤١) .

(٢) لا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق . ولكن انظر المادة ١٦ من لائحة الترع والجسور .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٨١٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٥٨/١ العبارة الأخيرة (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل للنص فيه .

التقنين المدنى الأردنى م ١٣٠٠ : ...... واذا اصاب الأرض ضرر من جراء ذلك فان لصاحب الأرض ان يطلب تعويضا عما اصابه من ضرر .

م ١٣٠١ : لمالك العقار اذا اصابه ضرر بسبب المنشآت المشار اليها فى المادة السابقة ان يطلب تضمين ما اتلفته هذه المنشآت ممن افادوا منها .

المالك التى شق فيها المروى أو المصرف ضرر ، كأن تلفت زراعتـــه من جراء انسياب المياه لسوء حالة الجسور أو امتنع عليه الزرع أو نحو ذلك ، كان على الجار صاحب المروى أو المصرف أن يعوض المـــالك عن الضرر الذى أصابه ، وفقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية (١) .

ويقترن بالتعويض النقدى تعويض عينى . فقـــد نصت المادة ١٢ من قانون الرى والصرف كما رأينا (٢) . على أنه « اذا لم يقم أصحاب الأراضى باجراء ما هو مبين فى المادة السابقة (التطهير والصيانة وحفظ الجسور) ، جاز لمفتش الرى ، بناء على تقـــرير الباشـــمهندس أو على شكوى من ذى شأن ، أن يكلفهم بتطهير المســقاة أو المصرف او بازالة ما قد يعترض سير المياه من عوائق أو أشجار او خلافه ، أو بصيانتهما . أو بترميم جسورهما ، أو باعادة انشـــاء الجســـور ، فى موعد معين ، والا قام التفتيش باجراء ذلك . وتحصل النفقات بالطرق الادارية من أصحاب الأراضى ، كل بنسبة مساحة أرضـــه التى تنتفع بالمســـقاة أو بالمصرف ، ويحسب ضـــمن هذه النفقات قيمة التعويض عن كل أرض تكون قد شغلت بناتج التطهير » (٣) .

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصـــدد : « فالمادة .. تعطى الجار الذى ترتب على أرضه حق مجرى أو مســـيل ، فأصابه ضرر من المسقاة او المصرف الذى يمر بأرضه ، الحق فى أن يطلب تعويضا كاملا ممن ينتفع بهذه المسقاة او المصرف ، سواء نشأ الضرر عدم التطهير ، أو عن سوء حالة الجسور ، أو عن أى سبب آخر ينسب الى خطأ المالك المنتفع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٤٤٩ .

(٣) ويمكن أيضـــا تطبيق المادة ٢١ من قانون الرى والصرف ، فقـــد رأيناها (انظر آنفا فقرة ٤٤٤ فى الهامش) تقول : « اذا رأى مفتش الرى ، بناء على تقرير الباشمهندس أو شكوى من ذوى الشأن ، أن أحد المصارف أو المساقى الخاصة أصبح عديم الفائدة أو مضرا ، وأمكن الاستغناء عنه لوجود طريق آخر للرى أو للصرف ، جاز له ان يصدر قرارا بسد أو ابطال تلك المسقاة أو المصرف ، أو منع الضرر اذا لم يمكن الاستغناء عن المسقاة أو المصرف ، والزم أصحابها بتنفيذ القرار فى موعد معين ، والا جاز للتفتيش اجراء ذلك على نفقتهم » .

المبحث الثانى

التلاصق فى الجوار

١ — وضع الحدود

٤٥٦ — نص قانونى :
تنص المادة ٨١٣ مدنى على ما يأتى :

« لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . ولكن تقنين المرافعات السابق كان يفترض وجود دعوى تعيين حدود العقار ، فيجعلها من اختصاص القاضى الجزئى مهما بلغت قيمة العقارات المطلوب تعيين الحدود بينها (م ٢٦/٢٩ مرافعات) (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٤ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ قال احد اعضاء اللجنة انه يخشى أن يكون هناك تعارض بين هذا النص وما يجرى عليه العمل فى مصلحة المساحة من حيث تحديد الملك . فرد عليه مندوب الحكومة بانه ليس هناك تعارض ، لأن النص يقرر حق فصل الحدود ، أما فيما يختص بالتنفيذ فيرجع الى الأوضاع التى يقررها القانون ، والى أن يوضع القانون الخاص بذلك فمرجع الأمر الى القضاء . فوافقت اللجنة على النص تحت رقم ٨١٣ . واقر مجلس الشيوخ النص كما وافقت عليه لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣ — ص ٥٥) .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « لم يعرض التقنين الحالى (السابق) لالتزام الجيران بوضع حدود ما بين املاكهم المتلاصقة . ولكن تقنين المرافعات (م ٢٦/٢٩) جعل الدعاوى المتعلقة بوضع الحدود من اختصاص القاضى الجزئى ، فافترض وجودها ، وتنسيقا للتشريع نص المشروع على هذا الالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : لا مقابل فى التقنين المدنى السورى — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٢٢ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٦٠ — ولامقابل فى قانون الملكية العقارية اللبنانى — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨١٣ — ولا مقابل فى التقنين المدنى الأردنى (١) •

والمفروض هنا أن أرضين غير مبنيتين متلاصقتان (٢) ، وهما مملوكتان ملكية خاصة (٣) لمالكين مختلفين (٤) • ويريد أحد المالكين أو كلاهما وضع حدود فاصلة ما بين أرضيهما ، حتى تتميز كل أرض عن الأخرى • ووجه أن وضع الحدود قيد على الملكية هو أن كل مالك من المالكين المتلاصقين يجبر على المساهمة فى هذا العمل ، فتتقيد بذلك

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٠ : لكل مالك أن يسور ملكه • على الا يمنع ذلك من استعمال حق لعقار مجاور • وله أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التجديد شركة بينهما . (والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى م ٨١٣ : لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما .

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل للنص فيه ، ولكن هذا النص يتفق مع القواعد العامة ويمكن العمل به) .

(٢) أو أن هناك أرضين مبنيتين مع فناء لكل أرض ، والفناءان متلاصقان . ولا يمنع التلاصق أن يكون الأرضان مفصولتين بطريق خاص ولكن يمنعه أن تكونا مفصولتين بطريق عام أو مجرى ماء عام (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣١٦ — بودرى وشوفو فقرة ٩٠٨ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٣ ص ١١٩ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٣٠٥ — ص ٣٠٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٨ ص ١٣٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٣٢) .

(٣) انظر فى التلاصق مع الأملاك العامة ما يلى فقرة ٤٦٠ .

(٤) ويكون المالكان مختلفين حتى لو كانت احدى الأرضين مملوكة لهما على الشيوع وكانت الأرض الأخرى ملكا خاصا لأحدهما (انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Bornage فقرة ٣٦) .

حريته فى ملكه بعد أن كان حرا فى تحديد هذا الملك أو فى عدم تحديده . وذلك ما لم يتراض المالكان ويتفقا وديا على وضع الحدود . فهناك اذن اتفاق ودى على وضع الحدود ، فان تعذر هذا الاتفاق . اما لرغبة أحدهما فى تجنب نفقات التحديد أو لخشيته من ظهور زيادة فى ملكه يكون قد اغتصبها أو لغير ذلك من الاسباب ، جاز للمالك الاخر أن يرفع على المالك الأول دعوى تعيين الحدود .

٤٥٧ — الاتفاق وديا على وضع الحدود :

قد يتفق ، كما قدمنا ، المالكان المتلاصقان على وضع الحدود ما بين أرضهما ، وديا لا عن طريق القضاء . فيكونان متفقين أولا على ملكية كل منهما لأرضه ، ومساحة الأرض التى يملكها ، ولكنهما غير مستوثقين من الحدود الفاصلة ما بين أرضيهما . فيريدان الاستيثاق من ذلك ووضع علامات ظاهرة لتبين هذه الحدود .

فيتفقان على خبير ، عند الاقتضاء ، يقوم بمسح أرض كل منهما من واقع مستندات الملك ، ويرسم الحدود الفاصلة ما بين الأرضين ، ويضع علامات ظاهرة لتبين هذه الحدود . ويحرر بذلك محضر تحديد (proces-verbal d'abornement) يوقع عليه المالكان ويكون ملزما لهما ، ويرجعان اليه لاعادة علامات التحديد اذا انطمست هذه العلامات (١) .

ويعتبر محضر التحديد الذى وقعه المالكان عقدا فيما بينهما ، فهو ملزم لهما كما قدمنا ، ولا يطعنان فيه الا بما يطعن به على العقد . فيجوز بوجه خاص أن يطعنا فيه بالابطال ، لنقص فى الأهلية . أو لعيب فى الرضاء من غلط (٢) أو تدليس أو اكراه .

---

(١) كذلك يقع وضع الحدود عندما يكون العقار محلا لنقل الملكية ، فعندئذ تتخذ اجراءات التسجيل ، ويمهد لها انتقال عمال المساحة الى العقار ومسحه ووضع حدوده عن طريق دق قطعة من الحديد فى شكل وتد فى نهاية كل حد من الحدود الأربعة .

(٢) كما اذا كشفت حدود قديمة لم يكن يعرفها الطرفان ، وهى مخالفة للحدود الجديدة (تولوز ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت باليه ١٩٢٩ — ٢ — ٩٨١ — انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Bornage فقرة ٤٧) .

٤٥٨ — دعوى تعيين الحدود — خصائصها :

دعوى تعيين الحدود دعوى عينيــة عقارية (١) ، اذ هي تتعلق بقيد او بحق عيني على عقار ليس بحق ارتفاق (٢) • كما قدمنا • وهي دعوى غير قابلة للتقادم ، ما دام سـببها قائما وهو التلاصـق ما بين الأراضي المتجاورة (٣) • ولكننا سنرى (٤) • أنه اذا انطمست الحدود التي تعينت ومضى على انطماسها خمس عشرة سـنة ؛ تقادمت دعوى اعادة هذه الحدود الى أصـلها ووجب رفع دعوى من جـديد بتعيين الحدود • كذلك اذا قامت حيازة متعارضة مع الحدود التي تعينت . جاز كسب ما يتعارض مع هذه الحدود بالتقـادم المكسب • وتختلف دعوى تعيين الحدود عن دعوى الاستحقاق وعن دعوى الحيازة •

تختلف عن دعوى الاستحقاق في أن ملكية الأراضي المتلاصـقة ليست محل نزاع بين أطراف الدعوى ، وكل ما يطلب فيهـا هو تعيين الحدود الفاصلة ما بين هذه الأراضي ، لا تثبيت ملكية أرض أو جزء من الأرض لأحد المتخاصمين كما هو الأمر في دعوى الاستحقاق • فاذا ما تخلل دعوى تعيين الحدود نزاع جدي على ملكية الأراضي المتلاصقة أو على ملكية بعض أجزائها فان الدعوى تتحول الى دعوى اسـتحقاق وتصبح من اختصاص محكمة أخرى كمـا سنرى • والحيازة لا تلعب دورا كبيرا في دعوى تعيين الحـدود ، في حين أنهـا تلعب دورا بالغ الأهميــة في دعوى الاسـتحقاق على ما رأينـا • فالحـائز في دعوى الاسـتحقاق هو المدعى عليـه ، وغير الحـائز هو الذي يتحمل عبء الاثبات • أما في دعوى تعيين الحدود ، فكل من الطرفين مدع ومدعى

---

(١) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٤ ص ٤٥١ •

(٢) وحتى الذين يعتبرون قيـود الملكية حقوق ارتفاق يتفقون هنا ، ويعتبرون الالتزام بوضع الحدود التزاما قانونيا وليس بحق ارتفاق ، لأن حق الارتفاق لا يمكن أن ينطوي على عمل ايجابي (شفيق شحاتة فقرة ٣٩٣)•

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣١٩ — ص ٣٢٠ — بودري وشوفو فقرة ٩١٧ •

(٤) انظر ما يلي فقرة ٤٦٢ •

عليه [١] ، ومن ثم يكلف كل منهما باثبات ملكيته • ويكون ذلك لا عن طريق مستندات التمليك والحيازة فحسب ، بل أيضا عن طريق العلامات الظاهرة فى الأرض ، وموقع الأرض ، وشكلها وتعرجاتها . مما لا يعتد به فى دعوى الاستحقاق اذا تعارض مع الحيازة • ودعوى تعيين الحدود من اختصاص القضاء الجزئي كما سنرى ، أما دعوى الاستحقاق فهى من اختصاص القضاء الكلى أو القضاء الجزئى بحسب قيمتها •

وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى تعيين الحدود بين العقارات المتجاورة المقصود بها رسم الحد الفاصل فى الطبيعة بين عقارين متجاورين ، وتقتصر مهمة القاضى فيها على تطبيق مستندات الملكية وبيان الحد الفاصل بين العقارين طالما انه لا يوجد نزاع جدى حول ملكية كل منهما لعقاره أو حول مساحة العقار [٢] •

وتختلف دعوى تعيين الحدود عن دعوى الحيازة فى أن المطلوب فى دعوى الحيازة هو تثبيت الحيازة موقتا للحائز الذى توافرت فيه الشروط الى أن ترفع دعوى الاستحقاق ، فهى دعوى تمهيدية لهذه الدعوى الأخيرة • وترفع دعوى الحيازة فى مواعيد معينة لابد من مراعاتها ، والا كان قبولها غير جائز • أما دعوى تعيين الحدود فلا شأن لها بالحيازة، بل ان الحدود التى تعين قد تكون متعارضة مع الحيازة • وليست دعوى تعيين الحدود بدعوى تمهيدية لدعوى الاستحقاق ، بل على النقيض من ذلك دعوى الاستحقاق هى التمهيد للدعوى تعيين الحدود ، فاذا ما استقرت الملكية لكل من المالكين المتلاصقين عينت الحدود الفاصلة ما بين أرضيهما طبقا لما استقر عليه أمر الملكية ، وليس هناك ميعاد لرفع دعوى تعيين الحدود ، فهى ترفع فى أى وقت ، وقد قدمنا أنها غير قابلة للتقادم •

---

(١) بودرى وشونو فقرة ٩٠٣ •
(٢) نقض مدنى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٣٤٠ صفحة ١٧٩٥

٤٥٩ — المحكمة المختصة بدعوى تعيين الحدود :

تنص المادة ٤٣ من تقنين المرافعات على ان « تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا اذا لم تتجاوز قيمتها خمسين جنيها فيما يأتي : ٠٠٠٠ ٢ — دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمباني والمنشآت الضارة اذا لم الملكية أو الحق محل نزاع ٠٠٠ » ٠

ويخلص من هذا النص أن دعوى تعيين الحدود ، اذا لم تكن الملكية فيها محل نزاع ، تكون من اختصاص القضاء الجزئي ، مهما تكن قيمة الأراضي المتلاصقة المطلوب تعيين الحدود الفاصلة فيما بينها ٠ فقد تبلغ هذه القيمة مقدارا كبيرا ، ومع ذلك تبقى دعوى تعيين الحدود من اختصاص القاضي الجزئي ٠ بل ويكون حكمه فيها نهائيا اذا لم تجاوز قيمة الأراضي — وهذا نادر — خمسين جنيها ، فاذا جاوزت هذا المقدار كان حكم القاضي الجزئي ابتدائيا يستأنف امام المحكمة الكلية ٠ والسبب في النزول بالاختصاص الى أدنى مراتبة هو أن دعوى تعيين الحدود لا تتعرض لنزاع في الملكية كما قدمنا ، اذ المفروض أن الملكية ثابتة وكل ما تبت فيه المحكمة هي مسألة مادية يمكن في يسر بالالتجاء الى خبرة مهندس المساحة للتحقق منها ٠ وهي التعرف على المعالم والحدود الفاصلة ما بين أرضين متلاصقتين ، ووضع علامات بارزه لهذه الحدود، وتحرير محضر بالتحديد ، وتكون المحكمة الجزئية المختصة هي المحكمة الكائن في دائرتها الأراضي المتلاصقة ٠

وقد استقر القضاء الفرنسي في دعوى تعيين الحدود (١) على على أن يشمل اختصاص قاضي الصلح (٢) لا تعيين الحدود فحسب ، بل أيضا فحص الحدود غير الثابتة وتثبيت مايمكن تثبيته منها بالرجوع

---

(١) أنظر في ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٤٠ .
(٢) وهو ما يقابل عندنا القاضي الجزئي — ويسمى الآن juge d'instance

الى مستندات التمليك ووثائق الدعوى ومسح الأراضي • بل يمتد اختصاصه الى أبعد من ذلك ، فيقسم مايجده ، بعد مسح الأراضي ، من عجز أو زيادة فى المساحة بين المالكين المتلاصقين بعد أن يرجع فى ذلك الى المساحات المبينة فى مستندات التمليك (١) • ويبقى للقاضى هذا الاختصاص حتى لو تمسك أحد طرفى الدعوى بالحيازة القائمة لتعيين الحدود ، فان التمسك بهذه الحيازة لا يعتبر نزاعا فى الملكية (٢) ، كما لايعتبر نزاعا فى الملكية مجرد الاختلاف على تطبيق مستندات التمليك دون أن يكون هناك نزاع على هذه المستندات ذاتها (٣) • بل ان النزاع فى الملكية ذاته لايعتد به ، اذا لم يستند هذا النزاع الى سند للتمليك أو الى التقادم (٤) • أما اذا نازع أحد الطرفين ، مستندا فى ذلك الى سند أو الى التقادم ، فى ملكية اجزاء معينة من الأراضى المتلاصقة ، فأن دعوى تعيين الحدود تنقلب الى دعوى استحقاق لا يختص بنظرها قاضى الصلح (القاضى الجزئى) (٥) • واذا أثير هذا النزاع فى أية حالة كانت عليها الدعوى (٦) • وجب على القاضى ، ولو من تلقاء نفسه ، الحكم بعدم اختصاصه ، ولا يقتصر على وقف الدعوى حتى يبت فى

---

(١) نقض فرنسى ١٠ ابريل سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ — ١ — ٢٨٩ — ٢ اغسطس سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٦ — ١ — ١١ — بودرى وشوفو فقرة ٩١٣ .

(٢) نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٧٩ سيريه ٧٩ — ١ — ١٧٦ — ١٦ مارس سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٠ — ١ — ٣٦٧ .

(٣) نقض فرنسى ١٢ يونيه سنة ١٨٦٥ سيريه ٦٥ — ١ — ٣٠٧ — اوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٤ .

(٤) نقض فرنسى ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٤٤٨ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٥ — ١ — ٧٦ — ١٥ مارس سنة ١٩٢١ جازيت دى باليه ١٩٢١ — ١ — ٥٣٢ — اوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٥ — بودرى وشوفو فقرة ٩١٥ — مارتى ورينو فقرة ٢٥ ص ٢٧٢ — ص ٢٧٣ .

(٥) نقض فرنسى ٢٦ يونيه سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠ — ١ — ٣٠٣ — ٤ يناير سنة ١٩٠٥ دالloz ١٩٠٥ — ١ — ١١٢ — ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ٣٠٤ — ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ — ١ — ٢١٢ — ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٥ — ١ — ٧٦ .

(٦) نقض فرنسى ١٨ يونيه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ٢١٣ .

النزاع فى الملكية (١) . وذلك كله ما لم يكن النزاع على الملكية نزاعا غير جدى (٢) . واذا رفع النزاع على الملكية أمام المحكمة المختصة (٣) ، فهذه المحكمة لاتقتصر على البت فى هذا النزاع ، بل تعين أيضا الحدود الفاصلة ما بين الأراضى المتلاصقة (٤) ، وتحيل الدعوى بعد ذلك الى قاضى الصلح (juge d'instance) لمجرد تطبيق الحدود التى عينتها المحكمة تطبيقا ماديا على الطبيعة (٥) .

٤٦٠ — محل دعوى تعيين الحدود وطرفاها :

تقدمنا (٦) أن محل دعوى تعيين الحدود هو اقامة حدود ثابتة بين أرضين غير مبنيتين متلاصقتين ، مملوكتين ملكية فردية لمالكين مختلفين (٧) . ويطلب أن تكون الأرضان المتلاصقتان من الأراضى الزراعية أو الأراضى الفضاء ، ولكن لايوجد ما يمنع من أن توضع حدود فاصلة مابين أرضين مبنيتين على أن تكونا منتهيتين بفنائين هما

---

(١) نقض فرنسى ٢٤ فبراير سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥ — ١ — ٣٣٩ — ١٨ يونيه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ٢١٣ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٧ — بودرى وشوفو فقرة ٩١٦ ص ٦٤٤ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٩ ص ٣٠٥ — عكس ذلك عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٣ ص ١١٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٩ .

(٢) نقض فرنسى ١٥ ديسمبر سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٦ — ١ — ١٥٦ — ٤ يناير سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ١١٢ — ٣٠ يوليه سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ — ٢ — ٦٠٩ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ — ١ — ٢٨٦ — ٢٦ يناير سنة ١٩٤٥ داللوز ١٩٤٥ — ٢٢٥ — ١٤ يونيه سنة ١٩٥٤ [illegible] ١٩٥٤ — ١ — ١٦٣ — ١٨ فبراير سنة ١٩٦٠ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٠ — ٥٢٨ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٧ — بودرى وشوفو فقرة ٩١٥ — مارتى ورينو فقرة ٢٥٧ ص ٢٧٣ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٩ ص ٣٠٤ — ص ٣٠٥ .

(٣) المحكمة المختصة فى فرنسا هى tribunal de grande instance .

(٤) نقض فرنسى ١٨ يونيه سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥ — ١ — ٢١٣ .

(٥) نقض فرنسى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٨٦ سيريه ٨٧ — ١ — ١١٢ — بودرى وشوفو فقرة ٩١٦ ص ٦٤٤ .

(٦) أنظر آنفا فقرة ٤٥٦ .

(٧) نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٤ — ١ — ٨٩٥ .

المتلاصقان أو بأرض عراء (١) . وقيام سور أو خندق أو أى حاجز اخر مابين الأرض لا يمنع من بقائهما متلاصقين ، فيجوز طلب وضع الحدود بينهما ، مالم يكن هذا الحاجز قد أقيم بناء على تعيين سابق للحدود لا يزال حافظا آثره ، فعند ذلك لا تجوز اعادة التعيين (٢) ، كذلك لايمنع التلاصق ، فيجوز طلب وضع الحدود ، أن يتوسط الأرض طريق خاص مملوك لأحد المالكين أو مملوك لكليهما ملكية مفرزة ، أو أن يتوسط مروى ماء صغير من اليسير أن يتغير مجراه (٣) . اما اذا توسط الأرض مجرى ماء كبير ثابت ، فان هذا المجرى يكون حدا فاصلا طبيعيا ، ولا حاجة بعد ذلك الى تحديد آخر (٤) ، كذلك لا تكون هناك حاجة الى تحديد اخر اذا فصل الأرضين طريق عام ، فأن هذا الطريق يكون هو الحد الفاصل (٥) واذا كانت الأرض ملاصقة للأملاك العامة أو الدومين العام ، فان جهة الادارة هى التى تعين حدود الملك العام بقرار يصدر منها لا عن طريق دعوى بتعيين الحدود ، ولصاحب الأرض الملاصقة أن يطعن فى قرار الادارة بالالغاء أمام القضاء الادارى ، وله أن يطلب التعويض أمام المحاكم العادية (٦) .

ولأى من المالكين المتلاصقين أن يكون طرفا فى دعوى تعيين الحدود،

---

(١) نقض فرنسى ٤ مارس سنة ١٨٧٩ داللوز ٧٩ — ١ — ١٨٣ — ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧ داللوز ١٩٥٨ — ٩٥ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣١٦ — بودرى وشونو فقرة ٩١٠ — مارتى ورينو فقرة ٢٥٧ ص ٢٧٢ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٢٠٦ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٤ ص ٤٥١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٣ ص ١٢٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٤ يناير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٧ — ١ — ١٧٨ .

(٣) نقض فرنسى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ — ١ — ١٣٢ .

(٤) نقض فرنسى ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ٣٥٣ .

(٥) نقض فرنسى ٦ نوفمبر سنة ١٨٦٦ سيريه ٦٦ — ١ — ٤٢٧ .

(٦) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٤ ص ٤٥١ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٣٠٧ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٨ ص ١٣٢ — وانظر فى القانون الفرنسى والقضاء فى فرنسا بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٥ .

فيجوز لكل منهما أن يرفع هذه الدعوى على الآخر (١) . وكما يجوز للمالك أن يكون طرفا فى الدعوى ، كذلك يجوز لصاحب حق الانتفاع وللمحتكر ولناظر الوقف أن يرفعوا دعوى تعيين الحدود (٢) ؛ ولكن لايجوز للمستأجر ولا للمزارع أن يرفع هذه الدعوى ولا أن يدخل طرفا فيها ، فان حقه شخصى فليست له صفة فى دعوى عينية كدعوى تعيين الحدود (٣) . ولما كانت هذه الدعوى من أعمال الادارة ، فتكفى أهلية الادارة فى التقاضى ، ويجوز للولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل وكالة عامة أو ناقص الأهلية اذا كان يملك أعمال الادارة أن يرفعها أو ترفع عليه ، وذلك مالم تختلط بنزاع فى الملكية فعند ذلك تجب أهلية التصرف (٤) .

٤٦١ — عمليات التحديد :

هناك عمليتان رئيسيتان يتلوهما عمليتان تنفيذيتان ، فالعمليتان الرئيسيتان هما :

---

(١) ويجوز للمالك على الشيوع أن يرفع دعوى تعيين الحدود ولو لم يشترك معه فى رفع الدعوى شركاؤه فى الشيوع (بودرى وشوفو فقرة ٩٠٥ — انسيكلوبيد داللوز ١ لفظ Bornage فقرة ٥٢) .

(٢) وفى حالة صاحب حق الانتفاع والمحتكر ، يجب على الجار الملاصق ادخال صاحب الرقبة أو المحكر خصما فى الدعوى حتى يكون الحكم حجة عليه (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٩٣٨ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٩ مكررة ص ٣٠٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٨ ص ١٣٢) . اما صاحب حق الارتفاق فلا صفة له فى رفع دعوى تعيين الحدود (نقض فرنسى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ — ١ — ١٤ — مارتى ورينو فقرة ٢٥٧ ص ٢٧١ هامش ١ — انسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Bornage فقرة ٥٢) .

والدائن المرتهن رهن حيازة له صفة فى رفع دعوى تعيين الحدود على اساس أن له حقا عينيا فى القانون المصرى ، ويدخل المالك خصما فى الدعوى حتى يكون الحكم فى مواجهته (ديمولومب ١١ فقرة ٢٥٧ — بودرى وشوفو فقرة ٩٠٥ ص ٦٣٥ — دى باج ودكرز فقرة ٩٥٨ ص ٨٤٧ — بودرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ هامش ١٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ١١٠ ص ٣٢ — عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٣١٩ مكررة ص ٣٠٦) .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٩٠٥ .

(٤) انظر فى القانون الفرنسى بودرى وشوفو فقرة ٩٠٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٤ .

(أولا) فحص سندات التمليك للاستيثاق من مساحة الأراضى المتلاصقة المذكورة فى هذه السندات ، وليس من الضرورى أن تكون هذه المستندات مشتركة بين أطراف الدعوى • ويقترن بذلك معاينة الأرض على الطبيعة ، للتعرف على أوضاعها وشكلها ومن هى تحت حيازته والعلامات المادية الموجودة فيها •

(ثانيا) مسح الأراضى المتلاصقة للاستيثاق من مساحها الحقيقية، وما عسى أن يوجد فيها من زيادة أو نقص • وقد يستلزم الأمر ، بناء على طلب أطراف الدعوى أوبناء على أمر القاضى من تلقاء نفسه ، مسح أراض أخرى مجاورة اذا وجد عجز فى مساحة الأراضى المتلاصقة، فقد يتبين أن هذا العجز موجود فيها ، وبخاصة اذا كانت هذه الأراضى المجاورة هى والأراضى المتلاصقة مجموعا واحدا ثم قسم بعد ذلك • وليس لأصحاب الأراضى المجاورة أن يحتجوا بعدم تلاصق أراضيهم بالأراضى المطلوب تحديدها (١) •

والعمليتان التنفيذيتان هما :

(أولا) رسم الحدود الفاصلة ما بين الأراضى المتلاصقة • واقامة معالم مادية ثابتة لهذه الحدود • وقد توضع قوالب من الطوب ، ولكن الغالب أن تدق قطعة من الحديد فى شكل وتد فى نهاية كل حد من الحدود الأربعة ، بحيث اذا مد خط مستقيم بين كل وتدين متقابلين أحاطت

---

(١) اوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣١٤ بودرى وشوفو فقرة ٩٠٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٧ •

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت دعوى تعيين الحدود بين العقارات المتجاورة المقصود بها رسم الحد الفاصل فى الطبيعة بين عقارين متجاورين وتقتصر مهمة القاضى فيها على تطبيق مستندات الملكية وبيان الحد الفاصل بين العقارين طالما انه لا يوجد نزاع جدى حول ملكية كل منهما لعقاره او حول مساحة العقار (نقض مدنى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٣٤٠ صفحة ١٧٩٥)

الخطوط المستقيمة الاربعة بجميع أطراف الأرض (١) •

(ثانيا) تحرير محضر تحديد (proces-verbal d'abornement) يثبت فيه اتجاهات الحدود المرسومة بالدقة المستطاعة ، حتى يمكن الرجوع اليه لاعادة معالم الحدود اذا ما أنطمست هذه المعالم •

٤٦٢ — محضر التحديد وقوته فى الاثبات :

ومحضر التحديد يوقعه الطرفان ، وحتى اذا لم يوقعاه فلابد من تصديق المحكمة عليه • والمحضر الموقع عليه من الطرفين أو المصدق عليه من المحكمة يكون حجة بما جاء فيه على كل من الطرفين ، من حيث مساحة كل أرض ومن حيث الحدود الفاصلة بين طمسها أحد الطرفين ، فانه يجوز لصاحب المصلحة أن يطلب اعادة معالم الحدود كما كانت ، وذلك من واقع محضر التحديد • ويجوز أيضا لصاحب المصلحة أن يرفع دعوى الحيازة اذا توافرت شروطها لاعادة معالم الحدود ، وعلى من يعنيه الأمر أن يرفع دعوى الموضوع •

ومع ذلك يفقد محضر التحديد قيمته اذا تغيرت معالم الحدود أو انطمست ومضى على تغيرها أو انطماسها خمس عشرة سنة ، اذ تسقط دعوى اعادة الحدود الى ما كانت عليه بالتقادم المسقط • ويجب فى هذه الحالة رفع دعوى من جديد بتعيين الحدود • وقد تعين الحدود الجديدة على غير الصورة التى عينت بها الحدود القديمة ، فقد يتفق أن أحد الطرفين أو أجنبيا يكون قد وضع يده على جزء من الأراضى المتلاصقة

---

(١) وقد يتبين ان الحدود الفاصلة هى خطوط متعرجة غير مستقيمة • فيجوز فى هذه الحالة تصحيح هذه الخطوط وجعلها مستقيمة عن طريق تبادل أصحاب الأراضى المتلاصقة أجزاء من الأرض كل منهم مع الآخرين . وهذا يقتضى أن يكون أطراف الدعوى قد توافروا على أهلية التصرف فلا تكفى أهلية الادارة ، وان يكونوا راضين بهذا التبادل فلا يستقل به القاضى ، وان يدفعوا رسوم نقل الملكية طبقا للقواعد المقررة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٨ — كاربونييه ص ١٥٥) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٤٦١ .

وأن يكون قد ملكه بالتقادم المكسب ، فتعين الحدود الجديدة عندئذ بما يتفق مع هذا الوضع الجديد (١) .

ومحضر التحديد اذا وقع عليه الطرفان يكون عقدا ملزما لكل منهما، ولكن يجوز لأي من الطرفين أن يطعن في المحضر بما يطعن به في أي عقد، وبخاصة بالابطال للغلط (٢) . أما الحكم القاضي بالتصديق على المحضر ، فيطعن فيه بوجوه الطعن في الأحكام (٣) .

٤٦٣ — نفقات التحديد :

رأينا (٤) أن المادة ٨١٣ مدني تنص في آخرها على ما يأتي : « وتكون نفقات التحديد شركة بينهما » أي بين المالكين المتلاصقين . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وقد جعلت نفقات التحديد شركة ما بين الجيران على حسب الرؤوس ، ولو اختلفت مساحات الأراضي . ولكن نفقات مسح الأراضي ذاتها تكون على أصحابها ، كل بنسبة مساحة الأرض التي يملكها » (٥) .

ويجب التمييز بين أنواع ثلاثة من النفقات :

(النوع الأول) نفقات التحديد ذاته ، من فحص سندات التمليك، تطبيقها على الطبيعة ورسم الحدود الفاصلة ووضع معالم مادية ثابتة لها . فهذه النفقات تكون شركة ما بين المالكين المتلاصقين ، وتقسم بينهما مناصفة بحسب الرؤوس .

(النوع الثاني) نفقات مسح الأراضي المتلاصقة ، وهذه تقسم بين المالكين المتلاصقين كل منهما بنسبة مساحة الأرض التي يملكها .

---

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢٢ — ص ٣٢٣ وهامش ٣٠ و ٣١ — بودري وشوفو فقرة ٩٢١ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٩ — وانظر آنفا فقرة ٤٥٨ ، .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٤٥٧ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٩ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ٤٥٦ .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤ .

(النوع الثالث) نفقات الدعاوى اذا وقع نزاع فى الملكية ، فهذه تكون على من خسر الدعوى طبقا للقواعد العامة (١) .

٤٦٤ — تحويط الملك — احالة :

واذا كان القانون قد جعل وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة اجباريا بناء على طلب أى من الملاك ، فان تحويط الملك من جميع جوانبه بسلك أو بسور أو بسياج أو بنحو ذلك ليس اجباريا . ونص المادة ١/٨١٨ مدنى فى صدرها صريح فى هذا المعنى ، اذ يقول : « ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه (٢) ... » وسنعود الى هذه المسألة عند الكلام فى الحائط الفاصل (٣) .

٢ — حق المرور

٤٦٥ — نص قانونى :

تنص المادة ٨١٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام ، أو التى لايصلها بهذا الطريق ممر كاف اذا كان لا يتيسر له الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة ، له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك فى نظير تعويض عادل .

---

(١) انظر فى كل ذلك : نقض فرنسى ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٠٩ — ١ — ٢١٢ — ١٧ يونيه سنة ١٩١١ جازيت دى باليه ١٩١١ — ٢ — ٣١١ — اوبرى ورو٢ فقرة ١٩٩ ص ٣٢١ — بودرى وشوفو فقرة ٩١٨ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٤١ — مارتى ورينو فقرة ٢٥٧ ص ٢٧٣ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٤ — محمد على عرفة فقرة ٤٢٠ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٣ ص ١٢٠ — حسن كيرة فقرة ٧٥ ٢٣٤ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٩ ص ١٣٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٣٢ .

(٢) يقضى المرسوم بقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٤٧ بان على مالك الأرض الفضاء او الخربة ان يقوم بتسويرها اذا قررت الادارة الصحية هذا التسوير حماية للصحة العامة ، والا قامت الادارة بهذا التسوير على نفقة الملك .

(٣) انظر ما يلى فقرة ٦١٠ .

ولا يستعمل هذا الحق الا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا ، وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » .

« ٢ — على أنه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا فى هـذه الأجزاء » (١) .

ويقابل هذا النص المادة ٤٣/٦٥ من التقنين المدنى السابق (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المـدنى

---

(١) **تاريخ النص** : ويرد هذا النص فى المادة ١١٧٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن عبارة « وذلك فى نظير تعويض عادل » الواردة فى الفقرة الأولى كانت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « وذلك فى نظير تعويض كامل يدفعه مقدما » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٨٨٢ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب حلت عبارة « وذلك فى نظير تعويض عادل » محل عبارة « وذلك ، فى نظير تعويض كامل يدفعه مقدما » ، وأصبح رقم المادة ٨٨٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٢ (مجموعـة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٧ — ص ٥٣) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٣/٦٥ : لصاحب الأرض التى ليس لها اتصال بالطريق العمومى الحق فى الاستحصال على مسلك من ارض الغير للوصول الى الطريق المذكور ويكون الحكم بمعرفة المحاكم فيما يتعلق بتعيين ذلك المسلك ، وبتقرير مايعطى مقدما من تعويض فى مقابلة المسلك المذكور .

ويختلف نص التقنين السابق عن نص التقنين الجديد فى مسائل ثلاث : ١ — التقنين الجديد اوسع من التقنين السابق فى حق المرور من ناحية جواز منحه فى التقنين الجديد حتى لو وجد ممر آخر للأرض المحبوسة ولكنـه ممر غير كاف ، ومن ناحية أن التقنين الجديد يعطى حق المرور بالقـدر اللازم لاستغلال الأرض المحبوسة واستعمالها على الوجه المألوف . ٢ — كـان التقنين السابق ينص على أن يعطى التعويض مقدما ، اما التقنين الجديد فقد رأينا ان حكم تعجيله التعويض قد حذفته لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب . ٣ — نص التقنين الجديد على حالة تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى اجزاء هذا العقار فيكون حق المرور فى هذه الأجزاء ، ولم يكن هذا الحكم واردا فى التقنين السابق .

السورى المواد ٩٧٧ — ٩٧٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٢١ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٥٩ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى المواد ٧٤ — ٧٦ — ولا مقابل فى التقنين المدنى الكويتى — وفى التقنين المدنى الأردنى المادتين ١٢٩٠ و ١٢٩١ (١) .

ويتبين من النص المتقدم أن هناك أمرا أساسيا لابد من قيامه للحصول على حق المرور الذى يقرره القانون قيدا على الملكية ، وذلك

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٩٧٧ : ١ — لمالك العقار المحاط من كل جانب والذى لا منفذ له الى الطريق العام ان يطلب ممرا فى الأراضى المجاورة ، مقابل دفعه تعويضا بنسبة الضرر الذى قد يسببه . ٢ — ويعطى نفس الحق مالك العقار الذى ليس له الا منفذ غير كاف لاستثماره استثمارا زراعيا او صناعيا .

م ٩٧٨ : ١ — يؤخذ الممر من الجهة التى تكون فيها مسافته من الأرض الخاصة الى الطريق العام اقصر ما يمكن . ٢ — انما يجب أن يعين الممر فى النقطة التى يسبب فتحه فيها اقل ضرر لمالك الأرض التى يمنح الممر فيها .

م ٩٧٩ : ١ — اذا اصبحت الأرض محاطة من كل جانب بسبب تجزئتها اثر بيع او مقايضة او قيمة او اى عقد آخر ، فلا يجوز طلب ممر الا فى الأراضى التى تكون هذه المعاملات قد جرت فيها . ٢ — ولكن اذا تعذر فتح ممر كاف فى الأراضى المقسومة ، فتطبق عندئذ المادة ٩٧٧ .

(وأحكام التقنين السورى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٥٩ (موافق فيما عدا أن التعويض وهو اجر سنوى يدفع مقدما فى التقنين العراقى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧٤ — ٧٦ (مطابقة للمواد ٩٧٧ — ٩٧٩ من التقنين السورى ، وهى موافقة فى أحكامها لأحكام التقنين المصرى) . وانظر فى حق المرور فى القانون اللبنانى حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ١٠٦ — ص ١١٩ .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل للنص فيه .

التقنين المدنى الأردنى م ١٢٩٠ : ١ — لصاحب العقار الذى لا يتصل بالطريق العام او ان وصوله اليه يتم بنفقة باهظة او مشقة كبيرة حق المرور فى الأرض المجاورة بالقدر المألوف لقاء مقابل عادل . ٢ — على ان هذا الحق لا تقوم الا فى موضع يتحقق فيه نفعه ويقل ضررة .

م ١٢٩١ : اذا كان المنع عن الطريق العام بسبب تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى ، فلا يجوز طلب الممر الا فى أجزاء هذا العقار .

(والتقنين الاردنى يتفق فى أحكامه مع التقنين المصرى) .

هو أن تكون هناك أرض محبوسة عن الطريق العام . والحبس عن الطريق العام يقتضى أن يعطى للأرض المحبوسة ممر الى هذا الطريق ، لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف . وضرورة ايجاد ممر للأرض المحبوسة يقتضى البحث أين يكون موضع هذا الممر ، فقد وضع القانون لذلك ضوابط معينة ، ومتى أعطى لصاحب الأرض المحبوسة ممر يؤدى الى الطريق العام ، فقد وجب عليه أن يدفع تعويضا . هذه هى جملة المسائل التى نبحثها فيما يلى (١) .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن نصين آخرين يعطيان الشخص الحق فى المرور بأرض الغير .

(النص الأول) هو المادة ١١٧٩ من المشروع التمهيدى ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على كلّ مالك أن يأذن ، فى نظير تعويض عادل اذا اقتضى الحال ، لكل شخص ذى مصلحة بأن يدخل ملكه أو يمر فيه : كلما تبينت ضرورة ذلك الاجراء للقيام بأعمال ترميمية أو انشائية لذلك الشخص، أو لاستعادة أشياء ضائعة ، أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى ، بشرط الا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ » . وقد أقر النص فى لجنة المراجعة وفى مجلس النواب ، ولما وصل الى لجنة مجلس الشيوخ قررت اللجنة حذفه « تجنبا للتوسع فى قيود الملكية ، واكتفاء بالقواعد العامة التى يقررها المشروع فى النصوص الخاصة بسوء استعمال الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨ — ٤٩ فى الهامش) . وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه المادة : « ويلاحظ أن تدخل الجار هنا فى انتفاع المالك بملكه لم يشرع ليتوقى به الجار خطرا داهما فحسب ، بل شرع أيضا لالتماس منفعة كبيرة تعود على الجار هى أعظم بكثير من الضرر الذى يصيب المالك من التدخل . ويجب فى كل الأحوال تعويض المالك عما أصابه من الضرر تعويضا عادلا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١).

(النص الثانى) هو المادة ١١٨٠ من المشروع التمهيدى ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على مالك الأرض الواقعة على الطريق العام ، اذا أصبح المرور فى الطريق متعذرا ، أن يسمح بمرور الجمهور فى أرضه ، بشرط أن يكون المرور بالقدر المعقول . فاذا نشأ من ذلك ضرر ، وجب على الجهة الادارية القائمة على شئون الطرق العامة أن تعوض المالك اذا اقتضى الحال ذلك » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة لعدم الحاجة الى الحكم الذى أوردته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٩ — ص ٥٠ فى الهامش) . وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه المادة : « وواضح أن هذا الفرض تقرر فيه حق المرور على أرض المالك لا لمصلحة عقار آخر ،بل لمصلحة الجمهور . فهو يختلف عن الفرضين =

٤٦٦ — (١) وجود ارض محبوسة عن الطريق العام :
يجب ، حتى يفرض القانون على المالك ان يتحمل مرور الجار فى ارضه ، ان تكون ارض الجار ارضا محبوسة عن الطريق العام • ومعنى كون الارض محبوسة عن الطريق العام الا يكون لها منفذ الى هذا الطريق، فتكون محاطة من جميع الجوانب بأراضى الجيران ولاسبيل للجــــار الى الطريق العام الا أن يمر فى احدى هذه الاراضى او فى بعض منها • فان كان له حق ارتفاق بالمرور فى أرض من هذه الأراضى المجاورة ، كسبه بتصرف قانونى (عقد أو وصية) أو بالميراث او بالتقادم (وحق المرور يكسب بالتقادم بصريح النص م ١٠١٦/٢ مدنى) أو بتخصـيص رب الأسرة ، فأن أرض الجار فى هذه الحالة لاتكون محبوسة عن الطريق العام اذ أن لها منفذا الى هذا الطريق كسبه الجار باحدى طـــرق كسب حقوق الارتفاق • كذلك لايعتد بانحباس الأرض اذا كان المالك هو الذى حبسها عن الطريق العام بفعله ، كما اذا بنى على ارضه فسد بالبناء المنفذ الذى كان له [١] • وسنرى تطبيقا هاما لذلك عندما نبحث الانحباس الذى ينشأ عن تجزئة الأرض بتصرف قانونى •

= السابقين ، ولكنه لايزال تطبيقا للقاعدة الجوهرية التى تجيز التدخل فى انتفاع المالك بملكه اذا حقق هذا التدخل مصلحة أكبر بكثير من الضرر الذى احدثه . فهو ، وان كان لا يمكن ان يوصف بأنه حق ارتفاق ، يعتبر على كل حال قيدا من القيود التى ترد على حق الملكية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥١ — ص ٥٢) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٦ ص ٧٩٤ هامش ١ — بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٤ — دى باج فقرة ١٣٦ ص ٤٨٣ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٧ — مارتى ورينو فقرة ٢٨٨ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٢٧ — توفيق شحاتة فقرة ٣٦٠ ص ٣٥٥ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٢٨ — توفيــق اسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٦ — حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٧ ص ١١٨ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٣ — ص ٧٤ .

وتعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ، حتى لو ترك المالك حق ارتفاق بالمرور كان ثابتا له يزول بعدم الاستعمال (نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ جازيت دى باليه ١٩٣٦ — ١ — ٢٥٦ — بيدان وفواران ٤ فقرة =

وقد لا يكون للجار الا حق مرور متنازع فيه (titre contestable) أو حق مرور محمول على التسامح (par suite de la simple tolérance) ، فيصل الجار بفضل هذا الحق أو ذاك الى الطريق العام . والرأى الغالب أن هذا يكفى لاعتبار الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، مادام الجار يصل فعلا الى هذا الطريق دون أن يعترضه أحد (١) . ولكن يصح الاعتراض على هذا الرأى بأن حق المرور المتنازع فيه لا يستطيع أن يطمئن له الجار اذ قد يتضح أنه لا يملك هذا الحق فيبقى مركزه مزعزعا معلقا على نتيجة البت فى النزاع ، وبأن حق المرور المحمول على التسامح مكرمة قد يرجع فيها المالك المتسامح وقد لا يريد الجار حمل هذه المكرمة فى عنقه مدة طويلة ، فيجب اذن عدم الاعتداد بحق المرور المتنازع فيه أو المحمول على التسامح ، والقول بأن الأرض تعتبر محبوسة عن الطريق العام بالرغم من قيام هذا النوع من حق المرور (٢) . وفيما يتعلق بحق

= ٥٣٤ ص ٥٨١ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٦ هامش ١ — عكس ذلك اسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٧ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٧ ص ١١٩ — وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٤ — ٧٥ ويرى أنه اذا تبين أن عدم الاستعمال كان بسبب تغيير المالك استغلال الأرض ، فلا يحرم المالك من حق المرور القانونى) .

اما اذا نزل المالك عن حق ارتفاق بالمرور كان ثابتا له ، فانه يفقد حقه فى المطالبة بحق المرور القانونى (اسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٦ — ص ١١٧) .

(١) نقض فرنسى ٢٧ فبراير سنة ١٨٣٩ سيريه ٣٩ — ١ — ١٩٣ — ١٥ يولية سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٥ — ١ — ٤١٩ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٣٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٦ ص ٩٠٢ وفقرة ٩٢٧ — مارتى ورينو فقرة ٢٨٨ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٢٣ ص ٤٣١ — توفيق شحاتة فقرة ٣٦٠ ص ٣٥٤ — ص ٣٥٥ — محمد على عرفة فقرة ٢٣١ ص ٢٩٢ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٣٨ ص ٣٨٢ — اسماعيل غانم فقرة ٥٥ ص ١١٦ — حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢١ (فيما يتعلق بالحق المتنازع فيه) — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ (فيما يتعلق بالحق المتنازع فيه) — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٥ ص ١١٧ .

(٢) انظر فى هذا المعنى بودرى وشوفو فقرة ١٠٤٧ — وفيما يتعلق بحق المرور المحمول على التسامح انظر فى هذا المعنى أيضا حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢١ — ص ٢٢٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٥ .

المرور المتنازع فيه ، ينبغي ألا ترفض دعوى الجار المطالب بحق المرور القانوني ، ولكنها توقف ويتوقف مصيرها على البت في النزاع ، فيكلف الجار برفع الامر الى القضاء في شأن حق المرور المتنازع فيه . فان كسب الدعوى خسر دعوى المطالبة بحق المرور القانوني ، ويكسب هذه الدعوى الاخيرة ان خسر الدعوى الاولى .

وتعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ، حتى لو كان لها منفذ يؤدي الى مرفأ للسفن لا يصلح الا لهذا الغرض . فالمرفا وان كان ملكا عاما ، الا أنه لا يعتبر طريقا عاما (١) .

وليس من الضروري ، حتى تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام ، أن يكون لها أي منفذ يؤدي الى هذا الطريق . بل انها تعتبر محبوسة ، حتى لو كان لها ممر ولكنه غير كاف . ويعتبر الممر غير كاف لأن يؤدي الى الطريق العام ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدني فيما رأينا ، اذا كان لايتيسر لمالك الأرض « الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة (٢) . فاذا كانت الأرض قد شيد فوقها مصنع مثلا . وكان الممر الى الطريق العام لايتسع الا لمرور الراجلين فلا تستطيع العربات أن تمر فيه ، وكان المصنع في حاجة الى عربات لنقل منتجاته ، فان الممر يعتبر غير كاف في هذه الحالة بل يعتبر أيضا غير كاف حتى لو أمكن للعربات المرور ولكن بمشقة كبيرة ، وحتى

---

(١) انظر اوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٣٥ — ص ٣٦ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٤٥ ص ٧٨٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٦ ص ٩٠٣ — ص ٩٠٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط حتى تعتبر الأرض محبوسة عن الطريق العام الا يكون لها أى منفذ يؤدى الى هذا الطريق ، بل يكفي لتحقق هذه الحالة وفقا لنص المادة ١/٨١٢ من القانون المدني أن يكون للأرض ممر الى الطريق العام ولكنه غير كاف بحيث لا يتيسر لمالكها الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة او مشقة كبيرة . وهو أمر يستقل قاضي الموضوع بتقديره متى أقام قضاءه على أسباب سائغة (نقض مدني في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٦٢ صفحة ١٥٤٧) .

لو أمكن توسيعه ولكن بنفقات باهظة • أما اذا كان الممر يكفى لمرور العربات فيه دون مشقة كبيرة أو نفقة باهظة ، فان الأرض لا تعتبر محبوسة عن الطريق العام ، حتى لو كان الممر غير مريح أو كان طويلا أو كان يحتاج فى تعبيده الى نفقة غير باهظة (١) •

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما اذا كانت الأرض لا منفذ لها الى الطريق العام أولها منفذ غير كاف ، ومن ثم تعتبر أرضا محبوسة (٢) • ويلجأ فى ذلك عادة الى أهل الخبرة ، وقد يأمر باجراء معاينة الأرض على الطبيعة •

ويستوى أن تكون الأرض المحبوسة على هذا النحو أرضا زراعية كما هو الغالب ، أو أرضا مقاما عليها بناء كمصنع أو متجر أو مسكن ، أو أرضا فضاء (٣) •

كما يستوى أن يكون من يطلب حق المرور هو المالك للأرض المحبوسة ، أو كان له حق انتفاع عليها ، أو كان محتكرا ، أو كان ناظر وقف ، ولا يجوز للمستأجر أو للمزارع أن يطالب بحق المرور ، لأن حقه حق شخصى ، وليس له الا أن يلجأ الى المالك ليطالب بهذا الحق (٤) •

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٨٨ — ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢١٤ — منيا القمح ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٩ ص ٣٠٥ — ميت غمر ٢١ اكتوبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٦٤ ص ٣٢ — البلينا ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٣ رقم ٤٥٤ ص ٣٢٧ — نقض فرنسى ٢ اغسطس سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ — ١ — ٣٠٢ — ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ سيريه ١٩٤٣ — ١ — ٧٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٦ ص ٩٠٢ — ص ٩٠٣ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٥ •

(٢) نقض فرنسى ٢٧ ابريل سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ — ١ — ٢٩٥ — ٢٦ مايو سنة ١٩٦١ داللوز ١٩٦١ Som. ٨١ — ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ داللوز ١٩٦٣ Som. ٥٤ •

(٣) نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٠ ص ٤١١ — استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ — ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٨ •

(٤) نقض فرنسى ١٦ يونيه سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠ — ١ — ٤٢٩ — ليون =

٤٦٧ — انفكاك الحبس عن الارض المحبوسة :

وما دامت الارض محبوسه عن الطريق العام على النحو الذى قدمناه ، فان لصاحبها حـق المرور فى الاراضى المجاورة • ولكـــن الحبس قد ينفك ، فيصبح للارض منفذ الى الطريق العام لم يكن موجودا من قبل • مثل ذلك أن يستحدث طريق عام بجوار الارض ، أو أن يكسب مالك الأرض المحبوسة ملكية أرض مجاورة لها منفذ الى الطريق العام فينفتح هذا المنفذ للأرض المحبوسه فينفك عنها الحبس • فى هذه الحالة يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون مالك الأرض التى كانت محبوســة لم يحصل بعد على حق المرور فى أرض مجاورة ، فمتى انفك الحبس عن الأرض لم يصبح للمالك حق فى المطالبة بالمرور اذ أن أرضه أصبحت غير محبوسة ، وتخلف الشرط الجوهرى للمطالبة بحق المرور •

(الفرض الثانى) أن يكون مالك الأرض قد حصل على حـــق المرور فى أرض مجاورة قبل أن ينفك الحبس عن الأرض • وقــد قام فى هذا الفرض خلاف فى الرأى ، فقد ذهب بعض الى أن المالك ، مادام قد حصل على حق المرور فى أرض مجاورة ، يستبقى هذا الحق حتى بعد انفكاك الحبس عن أرضه • ويستند أصحاب هذا الرأى الى أنه متى حصل المالك على حق المرور فى أرض مجاورة ، فقد أصبح له حق ارتفاق حقيقى على هذه الأرض فى قوة حقوق الارتفاق الاتفاقية • ولايزول هذا الحق الا بسبب من أسباب زوال حق الارتفاق الاتفاقى ، وليس منها انفكاك الحبس (١) • وذهب بعض آخر الى حق المرور الذى

= ٤ ابريل سنة ١٩٢٥ داللوز الاسبوعى ١٩٢٥ — ٣٢٥ — اوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٧٥ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٤٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٥ ص ٩٠١ •

(١) نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٠ سيريه ٨١ — ١ — ٢٢٢ — ٣٠ يونية سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ١٠ — ديمولومب ١٢ فقرة ٦٤٢ — فيرانتون ٥ فقرة ٤٢٥ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٠ ص ٧٨٧ •

حصل عليه مالك الأرض المحبوسة مقيد فى قيامه وفى بقائه بأن تكون الأرض محبوسة وبأن تبقى كذلك ، فمتى انفك الحبس عن الأرض • فقد فقد حق المرور السبب فى بقائه • ومن ثم يزول (١) • وعلى ذلك يستطيع صاحب الأرض المجاورة التى يباشر فيها حق المرور أن يطلب انهاء هذا الحق بعد أن أصبح للأرض التى كانت محبوسة ممر الى الطريق العام فى غير أرضه • ونحن نختار هذا الرأى الأخير • لأنه أكثر اتفاقا مع طبيعة حق المرور القانونى • فقد قدمنا أن هذا الحق ليس بحق ارتفاق حقيقى ، بل هو قيد على ملكية الأرض المجاورة • وهذا القيد منوط بانحباس الأرض التى يمارس صاحبها حق المرور • فاذا انفك الحبس لم يعد للقيد مبرر • وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه • فاذا طالب بانهاء حق المرور ، كان له ذلك ، بعد ان اصبح للأرض التى كانت محبوسة ممر آخر يؤدى الى الطريق العام • واذا رضى ببقاء حق المرور ، كان له ذلك أيضا ، ولكن حق المرور ينقلب عندئذ الى حق ارتفاق اتفاقى تسرى عليه قواعد هذا الحق • ونص التقنين المدنى المصرى صريح فى اشتراط بقاء الانحباس عن الطريق لبقاء حق المرور ، اذ تتكلم الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدنى كما رأينا ، فى معرض الحصول على حق المرور ، عن أرض محبوسة عن الطريق العام « ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام » • ففى القانون المصرى اذن ، على خلاف القانون الفرنسى الذى انقسم فيه الرأى ، لا شك فى أنه اذا انفك الانحباس عن الأرض ، جاز لصاحب الأرض المجاورة أن يطلب انهاء

---

(١) لوران ٨ فقرة ٨ فقرة ١١٠ وما بعدها — اوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤٤ — بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٩ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٣ — شفيق شحاتة فقرة ٣٦٦ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٥ ص ٢٩٧ — ص ٢٩٨ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٦ — اسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٩ — حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ٤٢ ص ٧٦ •

حق المرور ، ولكنه يرد الى المالك التعويض الذى قد يكون تقاضاه منه فى مقابل هذا الحق ، بعد أن يستنزل منه جزءا مناسبا للوقت الذى باشر فيه المالك فعلا حق المرور فى أرضه (١) . ويؤكد ما قدمناه ما ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى اذ تقول : « وينتهى حق المرور اذا اتصلت الأرض بالطريق العام من ناحية أخرى ، فلم يعد حق المرور ضروريا ، ويسترد صاحب الأرض من التعويض الذى كان قد دفعه فى حق المرور القدر المناسب » (٢) .

٤٦٨ — (ب) الحصول على ممر ضرورى لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف :

والممر الذى يحصل عليه صاحب الأرض المحبوسة عن الطريق

---

(١) اسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٨ — ويزول حق المرور بزوال الانحباس حتى لو بقى الانحباس خمس عشرة سنة باشر الجار فى اثنائها حق المرور ، فان استعماله لهذا الحق كان بسبب الانحباس مباشرة لقيد وارد على الملكية ، فلا يترتب عليه أن يملك الحق بالتقادم . وهو انما ملكه بحكم القانون ويبقى يملكه بحكم القانون مهما طالت المدة ، وليس المرور هنا حق ارتفاق حتى يكسب بالتقادم (اسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٩ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٣ ص ٣٧٦ — ص ٣٧٧ — محمد على عرفة فقرة ٢٢٥ ص ٢٩٥ — ص ٢٩٩ — حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٦ هامش ١) . وحتى من يرى من رجال الفقه فى مصر أن حق المرور حق ارتفاق يسلم مع ذلك بأنه يزول بزوال الانحباس ، نزولا على صريح النص فى المادة ٨١٢ مدنى مصرى (شفيق شحاته فقرة ٣٦٦ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٦) . أما فى فرنسا فبعض الفقهاء يذهب الى أن حق المرور يزول بزوال الانحباس ولو بقى ثلاثين سنة وبالرغم من أن حق المرور هنالك هو حق ارتفاق ، لأنه حق ارتفاق غير مستمر ولا يكسب بالتقادم الا حقوق الارتفاق المستمرة (بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٥ — اوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ هامش ٣٤ — كولان وكابيتان ودى لامور أنديير ١ فقرة ٨١٧) ، ولكن القضاء الفرنسى ومعه بعض الفقهاء يذهب الى عكس ذلك والى أن حق المرور لا يزول بزوال الانحباس ما دام استعماله بقى مستمرا ثلاثين سنة (نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٠ داللوز ٨١ — ١ — ٧١ — ٣٠ يونيه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ٢٣١ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٥٩ Som. ١٠٦ — ٦ يونيه سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٦٠ Som. ٢٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٩ ص ٩١٦ — مارتى ورينو فقرة ٢٩٣) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠ .

العام هو الممر اللازم « لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف » • وقد قدمنا أن الأرض المحبوسة قد تكون أرضا زراعية ، فالممر اللازم هو الممر الكافى لاستغلال هذه الأرض استغلالا زراعيا على الوجه الذى يستغل فيه مثل هذه الأرض • فان اقتضى الأمر ، لاستغلال الأرض ، ممرا كافيا لمرور المواشى والدواب والعربات المحملة بالأسمدة اللازمة للأرض والعربات التى تحمل المحصول من الأرض الى جهة التسويق ، كان لصاحب هذه الأرض الزراعية الحصول على هذا الممر • وقد تكون الأرض المحبوسة أرضا مقاما عليها مصنع : وقد يقتضى المصنع أن يكون له ممر كاف الى الطريق العام يتسع لمرور العمال الذين يعملون بالمصنع ، ويتسع لمرور العربات التى تروح وتجىء بالمواد الخام ومنتجات المصنع ، ويتسع لغير ذلك من الأغراض المختلفة للمصنع • وقد تكون الأرض المحبوسة أرضا فضاء ، وهذه عادة تكون فى حاجة الى ممر محدود ، لأن حاجات الأرض الفضاء أقل من حاجات الأراضى الأخرى (١) •

وقد تتغير حاجات الأرض المحبوسة فتتسع • وبعد أن كان الممر المعطى لها كافيا يصبح غير كاف • وعندئذ يجب توسيع الممر بما يتناسب مع الحاجات المستجدة ، بل قد يقتضى الأمر استبدال ممر آخر بالممر القديم يكون مناسبا لما استجد من حاجات الأرض المحبوسة ، وذلك كله نظير تعويض جديد • فقد تقام أبنية على الأرض الفضاء للسكنى أو للاستغلال الزراعى أو للاستغلال الصناعى ، فتزيد حاجات الأرض باستحداث هذه الأبنية ، بشرط ألا تكون الأبنية هى التى سببت انحباس الأرض أو زادت فى انحباسها • وقد ينمو المصنع ويتسع ، فتصبح حاجاته أكثر اتساعا عما كانت عليه فى الماضى • وقد يستحدث صاحب الأرض الزراعية من وسائل الاستغلال الزراعى جديدا كما

---

(١) والعبرة بحاجات الأرض المحبوسة القائمة الفعلية ، دون نظر الى ما يحتمل أن يتسع من هذه الحاجات فى المستقبل ، فاذا ما اتسعت الحاجات فعلا أمكن طلب توسيع الممر (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٢) •

اذا أضاف الى زراعة المحصول تربية المواشى ، فيكون فى حاجة الى ممر اكبر لما استجد من الحاجات • ولا يجوز الاعتراض على ذلك بان صاحب الارض المحبوسة قد زاد من اعباء حق المرور بارادته وحده ، ذلك أنه يجب أن يكون حرا منطلقا فى نشاطه وفى تجديده لانواع النشاط الذى يقوم به كما لو كانت أرضه غير محبوسة ، فهذا ما تقتضيه المصلحة العامة ، ولايجوز تقييده فى ذلك مادام فى نطاق الوجوه المألوفة لاستغلال أرضه (١) • ويجب أن يخلى بينه وبين أى نشاط يجعله يحصل من أرضه على اكبر فائدة يستطيع الحصول عليها ، فمن أجل هذا أعطى القانون له حق المرور فى أرض الجار • ولا يوجد حد لنشاط صاحب الأرض المحبوسة الا أن يكون متعمدا الاضرار بصاحب الأرض المجاورة . أو مجاوزا للنطاق المألوف من النشاط ، فيزيد من أعباء حق المرور وكان يستطيع ألا يفعل • فعند ذلك يكون مسئولا ويصح للجار منعه ، اما لأنه متعسف فى استعمال حقه ، أو لأنه قد جاوز المألوف فى مضار الجوار فالحق بجاره ضررا فاحشا (٢) •

٤٦٩ — أين يكون موضع الممر الى الطريق العام :

موضع الممر الى الطريق العام يكون فى الأراضى المجاورة ، وأول أرض يمر فيها مالك الارض المحبوسة تكون بداهة أرضا ملاصقة لأرضه • فان كان المرور فى هذه الأرض يؤدى به الى الطريق العام ، كان هذا

---

(١) كذلك لو غير الجار طريقة الاستغلال فضيق منها ، ولم يعد فى حاجة الى كل الممر الذى اعطى له ، جاز للمالك ان يطلب تضييق الممر بحيث يتناسب مع طريقة الاستغلال الجديدة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٦ ص ١١٨ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٣) •

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٤٦ — بلانيول وريبير وبيكلو ٣ فقرة ٩٢٨ ص ٩٠٥ — وحتى تمكن المطالبة بتوسيع الممر ، يجب أن تقوم الحاجة الى ذلك ، ولا يكفى ان يكون التوسيع اكثر ملاءمة ويسرا . فاذا استحدث طريق عام هو اقرب الى الأرض المحبوسة ، لم يجز لصاحب هذه الأرض ان يطالب بتغيير الممر او بنقله الى ارض اخرى ، بدعوى أن الممر الجديد يؤدى الى الطريق العام الجديد فيكون أقرب وأيسر (نقض فرنسى ١٢ يناير سنة ١٨٨١ داللوز ٨١ — ١ — ٣٤٣ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٥) •

كافيا ، والا فأنه يمر أيضا فى الأرض أو الأراضى التى تكون مجاورة لأول ارض يمر فيها الى ان يصل الى الطريق العام •

ويستوى أن تكون الأرض أو الأراضى التى يمر فيها أراضى زراعية أو أراضى بناء أو أراضى فضاء ، حدائق او احواشا ، مسوره او غير مسورة • فان كانت مسورة كحديقة أو فناء ملحق بمنزل ، وجب على صاحبها أن يفتح فيها منفذا للمرور منه ، ويجوز أن يبقيها مسورة ويفتح بها بابا يعطى مفتاحه لصاحب الأرض المحبوسة (١) •

ويجوز أن يكون الممر فى ارض موقوفة (٢) ، ولا يعتبر اعطاء الممر هنا اخلالا بعدم قابلية الأرض الموقوفة للتصرف ، فان قيد حق المرور يرد على جميع الأراضى المجاورة للأرض المحبوسة حتى لو لم تكن قابلة للتصرف فيها • وفى فرنسا يجوز جعل الممر فى أرض تدخل فى دوطة الزوجة (bien dotal) ، والدوطة غير قابلة للتصرف فيها (٣) • كما يجوز أن يكون الممر فى أرض تتبع الدومين الخاص للدولة ، بل هناك رأى يذهب الى جواز أن يتقرر حق المرور على الدومين العام ذاته ان لم يكن هذا الدومين العام هو الطريق العام الذى يريد صاحب الأرض المحبوسة الوصول اليه (٤) • ويعزز هذا الرأى فى مصر أن حق الأرتفاق الاتفاقى

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣١ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٦ — مارتى ورينو فقرة ٢٩١ ص ٣٠٠ — كاربونييه ص ١٧١ — محمد على عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٧ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٣٩ — حسن كيرة فقرة ٧٣ ص ٢٢٧ •

(٢) محمد على عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٨ — ويكون ذلك بموجب حكم قضائى •

(٣) نقض فرنسى ١٧ يونيه سنة ١٨٦٤ داللوز ٦٤ — ١ — ٤٠١ — ٦ يناير سنة ١٨٩١ داللوز ٩١ — ١ — ٤٧٩ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٢ ص ٧٨٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣١ •

(٤) انظر فى هذا المعنى لوران ٨ فقرة ٩٢ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٢ ص ٧٨٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣١ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠١٥ ص ٨١٦ — محمد على عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٨ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٣٩ — حسن كيرة فقرة ٧٣ ص ٢٢٧ •

يجوز أن يتقرر على الدومين العام بصريح النص ، فقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ١٠١٥م مدنى على أنه يجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام ان كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال » . فاذا كان يجوز أن يترتب حق الارتفاق الاتفاقى على الدومين العام . فأولى أن يترتب قيد المرور القانونى على هذا الدومين .

وكما يجوز أن يكون موضع الممر على سطح الأرض ، كذلك يجوز أن يكون تحتها ، كما اذا تقرر حق المرور لمحجر أو لمنجم فى باطن الأرض (١) ، وكذلك يجوز أن يكون الممر فى موضع هو أعلى من سطح الأرض ، كما اذا أقام أحد الأفراد جسرا عاليا فوق سطح الأرض ، فيتقرر لجاره صاحب الأرض المحبوسة حق المرور فوق هذا الجسر (٢) .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١/٨١٢ مدنى : « ولا يستعمل

= ص٢٣٨ — وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص٣٨ — هذا وقضاء المحاكم القضائية فى فرنسا يجيز تقرير حق المرور على الدومين العام مادام تقرير هذا الحق لا يتعارض مع الغرض الذى اعد له هذا الدومين (نقض فرنسى ١١ نوفمبر سنة ١٨٦٧ سيريه ٦٨ — ١ — ٣٠ — ٣٠ مايو سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ — ٢ — ٣٥٧) ، أما قضاء مجلس الدولة الفرنسى فلا يجيز ذلك (مجلس الدولة الفرنسى ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ — ٥ — ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٤ Lebon ٦٥٨ — ١٥ يوليه سنة ١٩٥٥ مجلة القانون العام ١٩٥٦ — ٦٤٩ — وانظر مارتى ورينو فقرة ٢٩١ ص ٣٠٠) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٢ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ داللوز ١٩٣٢ — ١ — ٩ — ١٤ اكتوبر سنة ١٩٦٢ داللوز ١٩٦٣ — ٥١٣ — أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤٠ هامش ٢١ ثالثا — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٣ ص ٩٠٩ — بيدان وفوارلان ٤ فقرة ٥٣٦ — مازو فقرة ١٣٨٥ ص ١١٢١ مارتى ورينو فقرة ٢٩٢ ص ٣٠١ — ص ٣٠٢ — وقد يمارس حق المرور فى باطن الأرض عن طريق انشاء نفق أو مد أنابيب للماء أو الغاز ، وقد يمارس فى الفضاء بمد أسلاك تمر عليها القطارات (passage d'un téléphérique) : انظر محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٣٥ — محمد على عرفة فقرة ٢٢٩ ص ٢٨٩ — شفيق شحاتة فقرة ٣٦٥ ص ٣٥٨ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٢ — حسن كيرة فقرة ٧٣ ص ٢٢٨ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨١ ص ١٢١ — ص ١٢٢ .

هذا الحق الا فى العقار الذى يكون فيه المرور أخف ضررا ، وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » • وقد ورد فى المذكـــرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « قرر المشروع أن حق المرور يختار له عقار مجاور يكون المرور فيه أخف ضررا من المرور فى العقارات المجاورة الأخرى ، وفى موضع من هذا العقار يتحقق فيه هذا الاعتبار كذلك • وفى هذا تقييد عادل لحق المرور يقابل التوسع السابق » (١) • فيجب اذن ، اذا تعددت العقارات المجاورة التى يجوز أن يكون فيها الممر ، أن يختار من هذه العقارات العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا • وقد يكون الممر الأخف ضررا هو الممر الأقصر ، ولكن ليس محتما أن يكون الأمــر كذلك ، فقد يكون الممر الأقصر يتخلل بساتين وأشجارا فيعدل عنه الى ممر أطول فى العقار المجاور أو فى عقار مجاور آخر ، ويكون من شـــأنه ألا يلحق بصاحب هذا العقار مثل الضرر الذى يلحق الأرض ذات الممر الأقصر • فاذا تعين العقار الذى يكون فيه الممر على هذا النحو ، وجب أيضا أن يكون الممر فى موضع من هذا العقار يكون أخف ضررا من غيره، سواء بالنسبة الى صاحب هذا العقار أو بالنسبة الى صاحب الأرض المحبوسة (٢) ، ويراعى فى ذلك الكيفية التى يكون عليها المرور ، فقــد يكون مرورا مقصورا على الراجلين ، أو شاملا للعربات والمواشى ، أو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١/٨١٢ من القانون المــدنى تقضى بان يكون المرور فى الأراضى المجاوره التى تفصل العقار المحبوس عن الطريق العام على الا يستعمل هذا الحق الا فى العقار الذى يكون فيه المرور اخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه هذا الاعتبار ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى بانشاء الممر فى أرض الطاعنه وفى المكان الذى حدده الخبير لانه لايترتب على ذلك الا ازالة حجرتين منفصليتين عن باقى الحجرات وحوائطها مشيدة بطريقة اندثرت من عشرات السنين ولا تتبع حتى فى بناء العزب ، وان هذه أخف اضرار ممكنه تترتب على انشاء الممر وهى تقديرات موضوعية سائغة استخلصتها المحكمة من الأبحاث التى اجراها الخبير بناء على اسس سليمة فان المجادلة فى ذلك لاتجوز امام محكمة النقض .

(نقض مدنى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٦٢ صفحة ١٥٤٧) .

مقصورا على أيام أو ساعات معينه • ويطلب أن يقتضى الأمر لتحديد موضع الممر بالدقه أن تعين المحكمه خبيرا او ان تامر باجراء معاينة على الطبيعة . كما يطلب أن يدخل أحد طرفى الدعوى بعض الجيران الآخرين خصوصا فيها اذا كانت عقاراتهم يمكن ان يعين فيه موضع الممر • وقد يراعى فى تعيين الممر جانب صاحب الأرض المحبوسة نفسه كما قدمنا ، فيجوز أن يطلب هذا أن يكون الممر فى موضع هو أطول من غيره لأن الموضع الأقصر مغروس بالأشجار وبالزهور فيكون أكثر كلفة عليه (١)• كذلك قد يراعى جانب الجار الذى يتقرر حق المرور فى أرضه ، فيطلب هذا تغيير موضع الممر اذا تبين أن حق المرور قد زاد عبؤه فى الموضع المقرر لسبب أو لآخر ، فينتقل الممر الى موضع آخر يكون أخف عبئا (٢)•

فاذا ما استقر موضع الممر ، لم يكن لصاحب الأرض المحبوسة الا حق المرور فيه ليصل الى الطريق العام • ولا يعتبر الممر مملوكا له ، بل يبقى مملوكا لصاحبه (٣) ، فليس لصاحب الأرض المحبوسة أن يستعمله الا فى المرور بالكيفية التى تقررت ، فيمر هو وحده أو هو وآخرون ، وقد تمر فيه المواشى والدواب والعربات ، وقد لا يستعمل الحق الا فى أيام أو ساعات معينة ، كل هذا وفقا لاحتياجات الأرض

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٣ ص ٧٩١ •

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٢ ص ٩٠٨ •

(٣) ديمولومب ١٢ فقرة ٦٣٦ وما بعدها — لوران ٨ فقرة ٧٣ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٤٤ ص ٧٨٠ •

وقد قضت محكمة النقض بأنه لايجوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه . فاذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع التعرض للطاعن فى المرور بالطريق الموصل الى ارضه تأسيسا على استيفائه للشرائط القانونية التى تحمى يده على ارتفاق المرور ولم تؤسس على ثبوت حق الارتفاق فى المرور وتملكه له ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور الذى يخوله القانون لمن كانت أرضه محبوسة عن الطريق طبقا للمادة ٨١٢ من القانون المدنى ، يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه (نقض مدنى فى ٢٨ ابريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ صفحة ٥٥١) • •

المحبوسة وبحسب ما يتقرر تبعا لذلك (١) •

٤٧٠ — الحبس عن الطريق انعدم ناشىء عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني :

وهناك حالة خاصة نص فيها القانون على أن يكون الممر فى موضع معين دون غيره ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ مدنى كما رأينا على ما يأتى : « على أنه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا فى هذه الأجزاء » • وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : « وهذا حكم معقول ، فان العقار الذى يكون متصلا اتصالا كافيا بالطريق العام ، ثم يجزئه مالكه بتصرف يرضاه ويكون من شأنه أن يحبس جزءا منه عن الطريق العام ، فحق المرور لهذا الجزء يجب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى ، كما كان الامر قبل تجزئة العقار • وفى هذه القاعدة توسع فى مبدأ تخصيص المالك الأصلى الذى سيأتى ذكره فيما يلى، وقد جاء التوسع من أنه لا يشترط فى الحالة التى نحن بصددها أن يكون المالك الأصلى قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور لمصلحة جزء على الأجزاء الأخرى • على أنه لو وضع هذه العلامات الظاهرة لتقرر حق المرور بتخصيص المالك الأصلى حتى لو كان الجزء المرتفق لا تحبسه التجزئة عن الطريق العام ، بل كان له ممر كاف من ناحية أخرى » (٢)•

والنص يفرض أن هناك أرضا لها منفذ الى الطريق العام ، ثم تصرف صاحب الأرض فيها تصرفا قانونيا أدى الى جعل جزء منها محبوسا عن هذا الطريق • مثل ذلك أن يبيع جزءا من الأرض لشخص آخر ، فيؤدى البيع الى أحد أمرين : اما أن المشترى يشترى الجزء غير المجاور للطريق

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٦٠ ص ٧٩٨ •

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠ — ص ٥١ •

العام فيكون هذا الجزء محبوسا ، أو يشترى الجزء المجاور للطريق العام فيصير الجزء الآخر الذى استبقاه البائع هو المحبوس (١) • وكالبيع والمقايضة والهبة : فيكون هناك مقايض أو موهوب له بدلا من المشترى • ويصح أن تكون الأرض شائعة بين اثنين فيقتسمانها وبذلك تفرز حصة كل منهما ، وقد تصبح احدى الحصتين بعد افرازها لا منفذ لها الى الطريق العام • هذه صور عملية للحبس الذى ينشأ عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى • ومنها نرى ان جزءا من هذا العقار قد اصبح محبوسا عن الطريق العام بحكم هذه التجزئة • فاذا طالب صاحب هذا الجزء بحق المرور فاين يكون موضع الممر الذى يطلبه ؟ لو طبقنا القواعد العامة فى هذه الحالة ، لوقع الممر فى اى عقار مجاور يكون المرور فيه اخف ضررا • ولكن القانون هنا عدل عن هذه القاعدة ، واوجب ان يكون الممر فى الجزء الآخر من العقار المجزأ ولو لم يكن المرور فيه هو اخف ضررا • ففى حالة بيع جزء من العقار ، اذا كان المشترى هو المحبوس كان له حق المرور فى الجزء الذى استبقاه البائع ، واذا كان البائع هو المحبوس كان له حق المرور فى الجزء الذى باعه للمشترى • وفى حالة القسمة ، يكون للمتقاسم الذى انحبس بعد افراز حصته حق المرور فى الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب المتقاسم الآخر •

ويبرر هذا الحكم أن العقار كان فى مبدأ الأمر غير محبوس عن الطريق العام ، وقد أصبح جزء منه محبوسا بفعل صاحب العقار ، فيكون من العدل أن حق المرور يتقرر للجزء المحبوس على الجزء الآخر • ولو تقرر المرور فى عقار غير هذا الجزء الآخر ، لاستطاع المالك أن يفرض بفعله حق مرور على أرض الجار لأن الحبس نشأ عن تصرف صدر منه هو ، وقد قدمنا (٢) ، أنه لا يعتد بانحباس الأرض اذا كان المالك هو

---

(١) وكذلك لو باع المالك الأصلى جزءا من الأرض الى مشتر ، وجزءا آخر اصبح محبوسا بالبيع الأول الى مشتر آخر (ديمولومب ١٢ فقرة ٦٠٢ — اوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤٠) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٦٦ .

الذى حبسها عن الطريق العام بفعله (١) .

ويمكن تأصيل الحكم أيضـا بتقريبه من قاعدة تخصيص المالك الأصلى فى حقوق الارتفاق الاتفاقية . فقد نصت المادة ١١٠٧ مدنى فى هذا الصدد : « ١ — يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلى . ٢ — ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلى اذا تبين بأى طريق من طرق الاثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين . ففى هذه الحالة اذا انتقل العقاران الى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهما ، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك » . فتوسعنا هنا فى قاعدة تخصيص المالك الأصلى ، ولم نستوجب أن تكون هناك علامات ظاهرة ، استغناء عنها بأن العقار كان فى مبدأ الأمر عقارا واحدا ثم تجزأ . فكأن المالك الأصلى ، وهو يجزىء العقار تجزئة اختيارية ، فحبس جزءا منه عن الطريق العام ، خصص الجزء الآخر للممر الذى يجب أن يكون للجزء المحبوس . وشرط ذلك كما رأينا أن يكون هناك جزء قد حبس عن الطريق العام بفعل التجزئة . ولو أن المالك الأصلى قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور على جزء من العقار ، قبل التجزئة ، لمصلحة الجزء الآخر ، لأصبحت قاعدة تخصيص المالك الأصلى ذاتها هى المنطبقة . ولترتب على ذلك أنه عند تجزئة العقار يصبح لجزء منه حق مرور اتفاقى ، لا حق مرور قانونى ، على الجزء الآخر . وفى هذه الحالة ليس من الضرورى ، كما هو ضرورى فى حالة المرور القانونى ، أن يكون الجزء

---

(١) ويخلص من ذلك انه لو كانت تجزئة العقار بسبب نزع ملكية الجزء الذى يتصل بالطريق العام ، فليس لصاحب الجزء المحبوس عن الطريق العام ان يجعل حق المرور من هذا الجزء المنزوع ملكيته . وكذلك الحكم لو باع المالك الجزء الذى يتصل بالطريق العام مضطرا خشية عليه من نزع الملكية (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٤ ص ٩١٠ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٦ ص ٣٠١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٣ ص ٣٨٦) .

صاحب الارتفاق محبوسا عن الطريق العام ، لأن هذا الجزء انما كسب حق مرور بتخصيص المالك الأصلي وهذا سبب من أسباب كسب حقوق الارتفاق الاتفاقية ، ولا يشترط فيه أن يكون العقار المرتفق محبوسا عن الطريق العام .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ١٠١٧ من التقنين المدني أن الارتفاق لا ينشأ بتخصيص المالك الأصلي الا اذا كان ارتفاقا ظاهرا بأن تكون له علامة خارجية ظاهرة تنم عن وجوده على سبيل الجزم واليقين . وتعلن اعلانا محققا لا يحتمل الشك عن أن المالك الأصلي انشأ علاقة تبعية بين العقارين على وجه دائم ومستقر وان تبقى هذه العلاقة قائمة حتى وقت انفصال العقارين . واذ كان مجرد وجود ممر بين عقارى الطاعن والمطعون ضده يؤشر فى علانية من سكان عقار المطعون ضده باذن المالك الأصلى ، لأن العلامة المادية الظاهرة والماثلة وقت انتقال العقار المرتفق به الى مالكه هى الطريق الوحيد الذى اختاره المشرع للتدليل على وجود الارتفاق الظاهر . واذ كانت هذه العلاقة يجب ان تظهر فى العقار المرتفق او العقار المرتفق به حيث يتحدد نطاق استعمال الارتفاق ولا يجوز استخلاص هذا الارتفاق من وجود علامة فى عقار ثالث ، فان الحكم المطعون فيه بتقريره ان العقار المطعون ضده حق ارتفاق بالمرور على ممر النزاع يكون قد خالف القانون (١) .

وهناك وجه آخر لتبرير الحكم الذى نحن بصدده ، وان كان لا ينطبق فى جميع الصور . ففى الحالة التى يبيع فيها المالك الأصلى جزءا من العقار فيصبح هذا الجزء محبوسا عن الطريق العام ، يمكن القول بأن البائع ، كما يضمن للمشترى استحقاق الجزء المبيع ، يضمن له كذلك حق مرور للجزء المبيع على الجزء الذى استبقاه ، اذ يكون

---

(١) نقض مدنى فى ٨ أبريل سنة ١٩٧٢ مجموعة احكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٠٦ صفحة ٦٧٦ .

انحباس الجزء المبيع بمثابة استحقاق جزئى ، أو قل ان حق المرور هنا يعتبر من توابع المبيع الضرورية • كذلك عندما يتقاسم الشريكان العقار الشائع ، فان صاحب الحصة المفرزة التى لها منفذ الى الطريق العام يكون ضامنا لصاحب الحصة المحبوسة عن الطريق العام حق مرور على حصته • ولكن اذا باع المالك الأصلى جزءا من العقار هو الذى له منفذ الى الطريق العام ، وبقى فى الجزء الآخر المحبوس ، فانه لا يمكن فى هذه الصورة تبرير الحكم بحق الضمان ، اذ الضـمان التزام فى ذمة البائع للمشترى ، أما هنا فالمرور واجب على المشـترى للبائع (١) • ومن ثم

---

(١) ولذلك ذهب الأسـتاذ اسماعيل غانم الى « أن التصرف الذى نشأت عنه تجزئة العقار الأصلى على وجه نتج عنه أن أصبح أحد الأجزاء غير متصل بالطريق العام يعتبر متضمنا الالتزام بانشاء حق ارتفاق بالمرور • ولو لم يرد فى التصرف نص صريح فى هذا الصـدد • ذلك أن العقـد ... لا يقتصر على الزام المتعـاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضـا ما هو من مستلزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (م ١٤٨ — ٢ مدنى) » (اسماعيل غانم فقرة ٥٩ ص ١٢٤ — وانظر أيضا عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٤ ص ١٢٧ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٨٤ — ص ٨٥) •

ويرد على هذا الرأى انه اذا صح فيما اذا باع المالك الأصلى لأجنبى الجزء المحبوس مع مسـتلزماته من حق ارتفاق بالمرور ، فكيف نعلل الأمر فيما اذا باع الجزء النافذ الى الطريق العام واسـتبقى الجزء المحبوس ، أنقول انه اشترط على المشترى حق المرور ولو لم يشترطه فعلا ، لا صراحة ولا ضمنا ! (انظر حسن كيرة فقرة ٧٢ ص ٢٢٤ هامش ١) •

هذا وتأصيل الحكم فى فرنسا بالرجوع الى التصرف الذى جزأ العقار انما كان قبل أن يصـدر قانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ ، وكان القضـاء يسير على هذا الحكم دون نص ، مما اضطره الى الالتجاء للقواعد العـامة وتلمس الأساس فى التصرف الذى جزأ العقار • وبعد أن صدر قانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ بقى القضاء والفقه فى فرنسا على حالهما ، واعتبر أن هذا القانون انما هو تسـجيل لما كانا يسيران عليه فى الماضى • أما فى التقنين المدنى المصرى ، فالنص الصريح هو الذى يتضـمن الحكم مباشرة ، وجعله استثناء من اختيار موضع المرور فى العقارات المجاورة ، وبناء على فكرة العدالة ، ثم جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أنه توسـع فى مبدأ تخصيص المالك الأصلى • قرب ما قدمناه محمد على عرفة فقرة ٢٣٦ ص ٣٠٠ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٤ •

وجب الرجوع الى التبرير الأصلي فى اعطاء حق المرور للبائع على الجزء الذى آخذه المشترى ، والقول بأن هذا هو الذى يقتضيه العدل على الوجه الذى قدمناه •

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٨١٣ من القانون المدنى انه اذا كان للارض منفذ الى الطريق العام ، ثم تصرف فيها صاحبها تصرفا قانونيا أدى الى جعل جزء منها محبوسا عن هذا الطريق فيجب أن يتقرر حق المرور فى الأجزاء الأخرى دون العقارات المجاورة كما كان الأمر قبل تجزئة العقار وبشرط أن يكون هذا مستطاعا ، فاذا لم يكن مستطاعا اما لان العقار كله كان من مبدأ الأمر محبوسا عن الطريق العام أو لانه لم يتيسر الحصول على ممر كاف فى أجزاء العقار الأخرى ، فانه يكون لمالك العقار عندئذ الحق فى الحصول على الأمر الكافى فى أحد العقارات المجاورة وفقا لحكم الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ سالفة الذكر (١) •

وهناك فرق بين ما اذا كان حق المرور يرجع الى فكرة الضمان ، أو يرجع الى فكرة العدالة • ففى حالة ما اذا كان يرجع الى الضمان ، يكون للمشترى حق المرور فى الجزء الذى استبقاه البائع وذلك دون أن يدفع مقابلا لذلك ، فان الضمان يتضمن هذا المقابل • كذلك اذا كان الجزء المحبوس الذى أخذه المشترى قد انفك حبسه عن طريق آخر فأصبح له منفذ الى الطريق العام ، لم يزل بذلك حقه فى المرور فى أرض البائع ، لأن هذا الحق قد كسبه عن طريق الضمان (٢) • وتختلف

---

(١) نقض مدنى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٦ صفحة ١٥٤٧ •

(٢) شفيق شحاته فقرة ٣٦٠ ص ٣٥٥ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٢ ص ٣٨٧ — انظر عكس ذلك اسماعيل غانم فقرة ٥٩ ص ١٢٧ (وقد التزم فى ذلك رأيه من استخلاص حق الارتفاق بالمرور من مضمون التصرف القانونى الذى يلزم المتصرف بما هو من مستلزمات التصرف وفقا للعدالة وطبيعة الالتزام) • « والعدالة وطبيعة الالتزام تقتضى القول ان الالتزام =

الأحكام فيما اذا كان حق المرور يقوم على فكرة العدالة • فليس هناك ضمان فى هذه الحالة ، ويجب على من حصـل على حق المرور أن يدفع مقابلا له ، واذا انفك الحبس عن الجزء المحبوس زال حق المرور • وهذه هى الأحكـام التى نرتضيها ، لأننـا نبنى حق المرور على فكـرة العـدالة (١) •

وغنى عن البيان أن العقار الذى جزىء ، انما يثبت لجزء منه حق المرور على الجـزء الآخر على الوجه الذى بسـطناه اذا كان هذا مستطاعا • فان لم يكن مستطاعا ، بأن كان العقـار كله من مبدأ الأمر محبوسا عن الطريق العام ، فأى جزء منه يصبح هو أيضا محبوسا عن الطريق العام ، ومن ثم لا يستطاع أن يكون للجزء الآخر حق مرور فيه يؤدى الى هذا الطريق • وعلى ذلك لا يكون هناك مناص فى هذه الحالة من الرجوع الى القواعد العامة التى سبق تقريرها ، والتماس ممر يؤدى الى الطريق العام فى أحد العقارات المجاورة على النحو الذى بيناه (٢) •

٤٧١ — اثر التقادم فى تعيين موضع الممر :

يحسن ، فى صدد التقادم أن نميز بين صور مختلفة :

١ — اذا توافرت شروط حبس الأرض عن الطريق العام ، وأصبح للأرض المحبوسـة حق المرور فى الأراضى المجـاورة ، فان هذا الحق

= بانشـاء حق الارتفاق ، والارتفـاق الذى يتقرر تنفيذا لهذا الالتزام ، مشروط بشرط فاسخ هو زوال حالة الانحباس) » . وانظر ايضـا فى هذا المعنى العكشى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٤ ص ١٢٨ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٨٨ .

(١) واذا اشترى الشخص جزءا من الأرض انحبس بهذا الشراء عن الطريق العام ، فثبت له حق المرور على الجزء الآخر ، انتقل هذا الحق الى المشترى من المشترى ، لا على أنه خلف خاص للمشترى فى التزام بالضمان ، بل على أن الجزء الذى اشتراه من المشترى محبوس عن الطريق العام بسبب تصرف قانونى ، فيثبت له حق المرور أصـالة على الجزء الآخر بحكم المادة ٢/٨١٢ مدنى .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٤ ص ٩١١ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٦ ص ٣٠١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٥ .

لا يتقادم بعدم الاستعمال ، مهما طال الأمد على عدم استعماله ، ما دامت الأرض محبوسة (١) ، فهو قيد يرد على الملكية ، ويبقى ما بقيت شروط هذا القيد قائمة • فيستطيع صاحب الأرض المحبوسة أن يطالب بحق المرور فى أرض الجار ، ولو بعد خمس عشرة سنة من حبس الأرض ، ما دام الحبس لا يزال قائما •

٢ — اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد استعمل حق المرور القانونى فعلا فى أرض مجاورة ، ولكن دون أن يراعى القواعد الخاصة بموضع الممر التى بسطناها فيما تقدم ، فمر فى موضع من الأرض المجاورة ليس هو الأخف ضررا مثلا ، أو اختار الطريق الأطول دون مبرر ، فان لصاحب الأرض المجاورة أن يعترض على ذلك • ولكن اذا بقى صاحب الأرض المحبوسة يمر فى الموضع الذى اختاره ، دون أن يعترض عليه الجار ، ويبقى يمر فى هذا الموضع مدة خمس عشرة سنة ، فان حقه فى المرور فى هذا الموضع يثبت بالتقادم (٢) • ولكن التقادم هنا لا يكون تقادما مكسبا ، اذ أن صاحب الأرض المحبوسة قد عنى أن يستعمل حق المرور القانونى ، لا حق مرور اتفاقى ، وانما اختار موضعا له لا يتفق مع القواعد المقررة • فيكون التقادم فى هذه الصورة تقادما مسقطا ، اذ يتقادم حق الجار فى الاعتراض على الموضع الذى اختاره صاحب الأرض المحبوسة ، ما دام قد بقى ساكتا دون أن يعترض مدة خمس عشرة سنة (٣) •

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٦١ ص ٧٩٨ — محمد كامل مرسى فقرة ٢٢٨ ص ٤٤٠ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٥ •

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٦١ ص ٧٩٩ — بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٦ ص ٩١٣ •

(٣) وتنص المادة ٦٨٥ مدنى فرنسى على أن « موضع ارتفاق المرور بسبب الانحباس وطريقته يتحددان بالاستعمال المستمر مدة ثلاثين سنة • ودعوى التعويض فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٦٨٢ قابلة للتقادم ، ويجوز أن يستمر المرور ولو أصبحت دعوى التعويض غير مقبولة » • ويذهب القضاء الفرنسى الى أن التقادم هنا تقادم مكسب ، فيكون الجار قد كسب =

٣ — اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد اختار ممرا له ، لا فى العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانونى ، بل فى عقـار آخر بقصد استعمال حق مرور ليس هو حق المرور القـانونى . أو كانت الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، ولكن صاحبها مر فى أرض الجار لأن المسافة الى الطريق العام أقصر وأيسر . فاذا بقى صاحب الأرض فى الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سـنة ، فانه يكسب حق ارتفـاق بالمرور فى الأرض التى بقى يمر فيهـا طول هذه المدة (١) ، وذلك بحكم التقادم المكسب ، وقد قدمنا أن حق المرور يجوز

= حق المرور فى هذا الموضع بالتقادم (نقض فرنسى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٧٤ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٥ — ١ — ٨٠ — ٧ يوليه سنة ١٩٦٠ داللوز ١٩٦١ Somm. ٣٠ — ١٧ يونيه سنة ١٩٦٤ جازيت دى باليه ٢٦ — ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٦٤) . وينتقد الفقه فى فرنسا القضاء فى ذلك على اساس ان حق المرور لا يكسب بالتقادم لأنه غير مستمر (كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠١٦ ص ٧١٨) .

اما فى مصر فحق المرور يكسب بالتقادم بصريح النص ، ولكن مع ذلك يعتبر التقادم هنا تقادما مسقطا لا تقادما مكسبا ، كما قررنا فى المتن . انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٥٧ ص ١٢٠ هامش ١ — حسن كيرة فقرة ٧٣ ص ٢٣٠ هامش ١ — عبد المنعم فرج الصـدة فقرة ٨٢ ص ١٢٢ — وهناك من يقول أن التقـادم تقادم مكسب لا مسـقط ، ويرد فحسب على موضع المرور وطريقته (محمد على عرفة فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٦ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٣٨ ص ٤٤٠ — ص ٤٤١) — وهناك من يميز بين ما اذا كان مالك الأرض المحبوسـة قد باشر حقه فى المرور فى الحدود المقررة قانونا فلا محل للاعتراض ، أو جاوز الحدود فنكون بصـدد حق ارتفـاق بالمرور يكسب بالتقادم (منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣ ص ٨٠) والذين يرون من الفقهاء المصريين أن حق المرور القانونى انما هو حق ارتفاق ، يذهبون تبعا لذلك الى ان التقادم تقادم مكسب (شفيق شحاته فقرة ٣٦٤ ص ٣٥٨ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤٧) .

(١) وله الاحتماء بدعاوى الحيازة اذا توافرت شروطها . وقد قضت محكمة النقض بانه اذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع التعرض للطاعن فى المرور بالطريق الموصل الى أرضه ، تأسيسـا على استيفائه للشرائط القانونية التى تحمى يده على ارتفاق المرور ، ولم تؤسس على ثبـوت حق الارتفـاق فى المرور وتملكه له ، فان الحكم اذ قضى برفض الدعـوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٨ ابريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٢ ص ٥٥١ — =

كسبه بالتقادم اذا كان ظاهرا (١) .

٤ — اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد حصل على حقه القانونى فى المرور فى أرض الجار فى موضع يتفق مع القواعد المقررة بحيث لا يكون للجار حق فى الاعتراض ، ولكن صاحب هذه الأرض لم يمارس حقه فعلا فى المرور من هذا الموضع مدة خمس عشرة . فانه فى هذه الصورة يفقد بعدم الاستعمال الحق الذى كان قد كسبه ، واذا أراد المرور بعد ذلك وكانت أرضه لا تزال محبوسة . جاز له ذلك ، ولكن بموجب حق مرور جديد وفى مقابل تعويض جديد (٢) .

٤٧٢ — (جـ) التعويض :

وقد رأينا أن المادة ١/٨١٢ مدنى تقضى بوجوب أن يدفع صاحب الأرض المحبوسة تعويضا عادلا للجار فى نظير حق المرور فى أرضه ، فيقول النص : « وذلك فى نظير تعويض عادل » . فاذا لم يتفق الطرفان على مقدار هذا التعويض ، تولى القاضى تحديده . ويلجأ فى ذلك عادة الى خبير لتقويم الضرر الذى أصاب الجار بتثقيل أرضه بحق مرور لصاحب الأرض المحبوسة ، ولا يعتد بالفائدة التى كسبتها الأرض المحبوسة من جراء حق المرور . فلو أن هذه الفائدة كانت أكبر قيمة من الضرر ، فالعبرة بقيمة الضرر لا بقيمة الفائدة (٣) . ومتى تحددت

= وانظر أيضا نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٢١٢) .

(١) وذلك ما لم يثبت ان ترك صاحب الارض يمر فى الأرض المجاورة كان مبنيا على التسامح (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ١٦٧) .

(٢) شفيق شحاته فقرة ٣٦٦ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٧ — اسماعيل غانم فقرة ٥٦ ص ١١٨ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٢ ص ١٢٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٢ ص ٧٧ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٩ ص ٧٩٦ — بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٤٢ — محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٠ — شفيق شحاته فقرة ٣٦٣ ص ٣٥٧ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٠ ص ٢٩٢ — اسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٢ — حسن كيرة فقرة ٧٤ ص ٢٣٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٣ .
=

قيمة الضرر ، حكم القاضي بها تعويضا للجار . ولا يجوز الحكم بتعويض اضافى لو أن الضرر الذى أصاب الجار قد زاد بسبب تعديلات أدخلها الجار فى أرضه ، وانما يجوز الحكم بتعويض اضافى لو أن صاحب الأرض المحبوسة هو الذى أدخل تعديلات فى استغلاله لأرضه وترتبت عليها زيادة فى عبء حق المرور وقد تقدمت الاشارة الى ذلك (١) .

ولا يشترط حتما أن يعجل دفع التعويض . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٨١٢ مدنى يتضمن ، كما رأينا ، نصا يقضى بأن يكون حق المرور « فى نظير تعويض كامل يدفع مقدما » ، ولكن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب عدلت هذا النص ، فأصبح « فى نظير تعويض عادل » ، واستقر هذا التعديل فى التقنين المدنى (٢) . وعلى ذلك لايشترط ، عندما يرفع صاحب الأرض المحبوسة الدعوى على الجار ، أن يعرض عليه التعويض الواجب (٣) ، وليس من الضرورى أن يقدر القاضى التعويض مبلغا اجماليا يدفعه صاحب الأرض المحبوسة (٤) ، بل يصح أن يجعل التعويض على أقساط تدفع فى أوقات معينة ، كما يصح أن يجعل التعويض ايرادا مرتبا يدفع فى أول كل سنة (٥) .

ولكن يجوز للجار ، فى جميع الأحوال ، أن يمنع صاحب الأرض

= ويدخل فى التعويض نفقات انشاء الممر فى أرض الجار (جرينوبل ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٦ — ٢ — ٤١ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٩ ص ٩٠٥) .

وإذا لم يوجد ضرر أصلا ، فلا تعويض (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٣) .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٦٨ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٦٥ فى الهامش .

(٣) نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٦ — ١ — ٥٠٢ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٩ ص ٧٩٧ .

(٤) ولو أن تقدير مبلغ اجمالى أدعى لعدم تجدد النزاع فى شأن مقدار التعويض (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١١٣) .

(٥) استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١٧ — نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٤٥ داللوز ٤٦ — ١ — ٣٢٦ .

المحبوسة من المرور قبل أن يدفع التعويض المستحق فى ذمته واجب الأداء، وذلك تطبيقا لقواعد الحق فى الحبس (١) • ومع ذلك اذا مر صاحب الأرض المحبوسة فعلا فى أرض الجار قبل أن يدفع التعويض ، فانه يكون مستعملا لحقه ، ولا يكون مسئولا مسئولية جنائية لدخوله فى أرض الغير دون حق (٢) • وانما يطالبه الجار بالتعويض المستحق ، وقد يطالبه بتعويض اضافى ان مر فى موضع غير الذى حدد له ، وقد يحتمى الجار بدعوى منع التعرض (٣) •

ودعوى المطالبة بالتعويض تتقادم بخمس عشرة سنة ، شأنها فى ذلك شأن سائر الدعاوى • فاذا حصل صاحب الأرض المحبوسة على حق المرور فى أرض الجار ، سواء بالاتفاق أو بموجب حكم قضائى ، أو مارس حق المرور فعلا دون اتفاق أو حكم، فان التعويض يصبح مستحقا • فاذا سكت الجار عن المطالبة به مدة خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه، فان دعواه تسقط بالتقادم (٤) ، واذا حكم للجار بالتعويض ، أو تراضى

---

(١) اسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٢ •

(٢) انظر م ٣٨٧/١ عقوبات (المرور فى ارض منزوعة او مهياة للزرع وكان ذلك بدون حق قانونى) وم ٣٧٣ عقوبات (دخول ملك الغير بدون اذن) •

(٣) نقض فرنسى ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٦٠ سيريه ٦٢ — ١ — ١٠٨ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٩ سيريه ٨٠ — ١ — ٢٣١ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ داللوز ٢٥ — ١ — ٦٨ — لوران ٨ فقرة ٩٧ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٥٩ ص ٧٩٧ — اوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤١ — بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٣٤ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٣٠ — شفيق شحاتة فقرة ٣٦٣ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٠ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤١ — اسماعيل غانم فقرة ٥٦ — ص ١١٧ — ص ١١٨ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٧٩ ص ١٢٠ •

واذا استمر صاحب الأرض المحبوسة يستعمل حق المرور مدة سنة ، فله هو ايضا ان يحتمى بدعوى منع التعرض (بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٩٣٠) •

(٤) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٤٠ — محمد على عرفة فقرة ٢٣٠ — اسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٢ — حسن كيرة فقرة ٧٤ ص ٢٣٢ — ص ٢٣٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٨١ — كذلك اذا بقى الجار يمر فى أرض المالك مدة خمس عشرة سنة دون أن يدفع مقابلا لذلك ، فان موضع المرور يتثبت بالتقادم كما =

عليه مع الطرف الآخر ، وكان التعويض مبلغـا اجماليا ، ولم يطالب به الجار خمس عشرة سنة منذ استحقاق المبلغ أو منذ استحقاق أى قسط منه ، فانه يسقط هنا أيضا بالتقادم (١) . بل اذا كان التعويض المحكوم به أو المتفق عليه ايرادا يتجدد كل سنة ، فان هذا الايراد يسقط بخمس سنوات شأنه فى ذلك شأن كل دين دورى متجدد (٢) .

٣ — المطلات والمناور

٤٧٣ — المطل المواجه والمطل المنحرف والمنور :

عند اقامة بناء يقتضى الأمر نقب فتحات فى حيطانه ينفذ منهـا الضوء والهواء الى داخل البناء ، ويمكن منها الاطلال للنظر الى الخارج .

فاذا أعدت الفتحة لهذه الأغراض الثلاثة معا — الضوء والهواء والنظر — سميت مطلا (vue) ، وذلك كالنوافذ والشبابيك والشرفات والبلكونات والخارجات بوجه عام . واذا قصرت على الضوء والهـواء دون النظر ، سميت منورا (jour, de souffrance, de tolérance) . أما فى القانون الفرنسى فالمنور لايكون الا لنفاذ الضوء ، دون الهواء ، اذ يجب تجهيزه بشباك من حديد لاتزيد العين من عيونه على ديسيمتر واحد ، وسده بزجاج غير شفاف (verre dormant) ، فلا يمر فيه الهـواء ولا يمكن منه النظر (٣) . ولا يشترط ذلك فى القانون المصرى ، فالمنور

= قدمنا ، وكذلك تسقط دعوى التعويض بالتقادم (نقض فرنسى ١٠ فبراير سنة ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ — ١ — ١٥٣ — اوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ وهامش ٢٦ — بيدان وفواران ٤ فقرة ٥٤٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٣) .

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٦٧ ص ٨١٠ — اوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ٤١ — ص ٤٢ — اسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٣ — حسن كيرة فقرة ٧٤ ص ٢٣٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٨١ .

(٢) اسماعيل غانم فقرة ٥٨ ص ١٢٣ — ص ١٢٤ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٣ ص ١٢٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٤ ص ٨١ .

(٣) نقض فرنسى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ جازيت دى باليه ١٩٢٥ — ١ — ٦٥٠ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١٤ .

فى هذا القانون يستعمل لمرور الهواء كما يستعمل لنفاذ الضــوء (١) . ولا فرق اذن بين المطل والمنور فى القانون المصرى الا من حيث امكان الاطلال للنظر فى الأول وعدم امكان الاطلال فى الثانى ، ولذلك يكون المنور فتحة فى الحائط كالمطل ، ولكنها فتحة تعلو على قامة الانسان فلا يستطيع الاطلال منها فى الوضع العادى (٢) .

والمطل اما أن يكون مطلا مواجها (vue droite, de face) يمكن الاطلال منه على ملك الجار مباشرة دون حاجة الى الالتفات يمينا أو شمالا ، أو مطلا منحرفا (vue oblique, de côté) لايمكن الاطلال منه على ملك الجار الا بعد الالتفات يمينا أو شمالا أو الا بعد الانحناء الى الخــــارج (٣) .

ولما كان المطل المواجه هو أشد الفتحات مضايقة للجار ، ويليه المطل المنحرف ، ثم المنور ، فقد جعل القانون لكل حكمه ، وقيد المطل المواجه بقيد أشد من قيد المطل المنحرف ، وأطلق المنور من كل قيد .

---

(١) وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٨٢١ مدنى كما ســنرى (انظر ما يلى فقرة ٤٧٩) . بل ان هذا كان هو الحكم ايضا فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالرغم من انه كان لا يشتمل على نص خاص بالمناور يقابل المادة ٨٢١ مدنى ، ولكن القضاء المصرى كان يطبق الحكم دون نص (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٧٤٢ — ابنوب ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٨٤ ص ٣٩٧ — قارن مع ذلك الجيزة الجزئية ١٦ ابريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٨ ص ٧٧٨) .

(٢) وقد قضى بأنه لو امكن الاطلال على الجار من الفتحة المعتبرة منورا ، وجب اعتبارها مطلا أيا كان ارتفاعها (دمياط الجزئية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٣٠ ص ٦٦٦) .

ويوجــــد ايضا ، الى جانب المنــــور والمطل ، ارتفــــاق الرؤية (servitude de prospect) ، ويعطى الحق للمالك فى الاطلال على ملك جاره والنظر الى مدى بعيد ، بحيث لا يسمح للجار بالبناء فى حدود هذا المدى حتى لا يعطل حق المالك فى النظر ، وهو حق ارتفاق يكسب بما يكسب به ســائر حقوق الارتفاق (بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٣ ص ٧٦٨ — ص ٧٦٩) .

(٣) نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠ .

(أ) المطل المواجه والمطل المنحرف

٤٧٤ — نصوص قانونية :

تنص المادة ٨١٩ مدني على ما يأتي :

« ١ — لايجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل ، أو من حافة المشربة أو الخارجة » .

« ٢ — واذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل [1] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٣٩ — ٤٠/٦١ — ٦٢ [2] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٩٧٠ و ٩٧٢ — ٩٧٣ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٢٨ — ولامقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل فى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٠ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٧ — ص ٦٩) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٩/٦١ : لا يجوز للجار ان يكون له على جاره مطل على خط مستقيم بمسافة اقل من متر واحد .

م ٤٠/٦٢ : تقاس تلك المسافة اما من ظهر الحائط الذى فيه المطل المذكور ، او من ظاهر الخرجة او المشربة .

(واحكام التقنين المدنى السابق توافق احكام التقنين المدنى الجديد ، وزاد التقنين المدنى الجديد بأن حسم خلافا كان قائما فى القضاء المصرى بشأن كسب المطل المواجه بالتقادم كما سيجىء) .

قانون الملكية العقارية اللبناني المواد ٦٦ و ٦٨ — ٦٩ — وفى التقنين المدنى الكويتي المادة ٨١٤ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى الأردنى (١) .

وتنص المادة ٨٢٠ مدنى على ما يأتى :

« لايجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٩٧٠ : ١ — لا يجوز لمالك عقار ان يكون له مطل مستقيم او نوافذ أو شرفات أو سوى ذلك من النتوءات ، على أرض مسورة او غير مسورة للمالك المجاور ، ما لم يكن بين الحائط الذى يحدث فيه هذا المطل او هذه الشرفات وبين تلك الأرض مسافة مترين . ٢ — واذا لم تكن هذه المسافة موجودة ، فلا يجوز فتح النوافذ او الشبابيك الا على علو مترين ونصف من أرض الغرفة المراد اضاءتها اذا كان الطابق ارضيا ، وعلى علو متر وتسعين سنتيمترا من أرض الغرفة اذا كان الطابق علويا .

م ٩٧٢ : لا يسرى المنع الوارد فى المادتين ٩٧٠ و ٩٧١ على الأسطحة وعلى النوافذ المفتوحة على الطرقات العامة .

م ٩٧٣ : تحسب المسافة المعينة فى المادتين ٩٧٠ و ٩٧١ ابتداء من ظاهر الحائط الخارجي حيث تكون النوافذ ، وما سواها من النتوءات فابتداء من خطها الخارجي حتى الخط الفاصل بين العقارين .

(واحكام التقنين السورى توافق أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا تحديد المسافة للمطل بمترين بدلا من متر واحد فى التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى :

م ٦٦ (مطابقة للمادة ٩٧٠ سورى) .

م ٦٨ (مطابقة للمادة ٩٧٢ سورى) .

م ٦٩ (مطابقة للمادة ٩٧٣ سورى) .

(واحكام التقنين اللبنانى توافق احكام التقنين المصرى ، فيما عدا تحديد المسافة للمطل بمترين ، بدلا من متر واحد فى التقنين المصرى — وانظر فى القيود الخاصة بالمطلات فى القانون اللبنانى حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ١١٩ — ص ١٢٤) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨١٤ : لايجوز للمالك ان يكون له على ملك جاره فتحات الا فى الحدود التى يقررها القانون .

(التقنين الكويتى ترك أمر تحديد شروط فتح مطلات على أرض الجار للشروط المنظمة لها فى القوانين الخاصة) .

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل للنص فيه .

عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل . ولكن يرتفع هذا الحظر اذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو فى الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام » (١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، فلم يكن هناك فى هذا التقنين قيد مسافة بالنسبة الى المطل المنحرف .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٧١ — ٩٧٣ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٩ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل النص فى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٦٧ — ٦٩ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى الكويتى ولا فى التقنين المدنى الاردنى (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٨٩١ فى المشروع النهائى ، بعد تعديلات لفظية طفيفة أصبح بعدها مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٩ — ص ٧٠) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٩٧١ : لايجوز لصاحب عقار أن يكون له مطل جانبى أو منحرف على أرض مسورة أو غير مسورة للمالك المجاور ، مالم يكن بين الحائط المحدث فيه المطل وبين الأرض المذكورة مسافة نصف متر .

م ٩٧٢ (سبق ذكرها تجاه المادة ٨١٩ مصرى) .

م ٧٩٣ (سبق ذكرها تجاه المادة ٨١٩ مصرى) .

(واحكام التقنين السورى توافق احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى :

م ٦٧ (مطابقة للمادة ٩٧١ سورى) .

م ٦٨ (مطابقة للمادة ٩٧٢ سورى) .

م ٦٩ (مطابقة للمادة ٩٧٣ سورى) .

(واحكام التقنين اللبنانى توافق احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل للنص فيه .

التقنين المدنى الاردنى : لا مقابل للنص فيه .

ويخلص من هذه النصوص أن المطل ، مواجها كان أو منحرفا ، يتقيد فتحة بأن يكون على مسافة معينة ، ومجال تطبيق قيد المسافه عام، فيسرى على المبانى فى المدن والقرى . ولكن هناك مطلات ، كما سنرى، معفاة من قيد المسافة . فاذا وجب قيد المسافة ، فالمطلات المستوفية لهذا الشرط تترتب عليها أحكام غير تلك التى تترتب على المطلات غير المستوفية له . فهذه مسائل أربع نبحثها فيما يلى :

٤٧٥ — قيد المسافة :

هنا يجب التمييز بين المطل المواجه والمطل المنحرف على النحــو الذى قدمناه .

فاذا كان المطل مواجها ، فهو أكثر مضايقة للجار المفتوح عليــه المطل كما سبق القول . لذلك تشترط المادة ١/٨١٩ مدنى ، كما رأينا ، الا يفتح « على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل ، أو من حافة المشربة أو الخارجة » . فاذا كان المطل نافذة أو شباكا مفتوحا فى حائط من حوائط المبنى ، أخذ الخط الذى يتلاقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليها الحائط كبداية ، وأخذ الخط الذى يفصل ما بين العقارين كنهاية . فان كانت المسافة ما بين خط البداية وخط النهاية مترا أو أكثر ، كان المطل المواجه مفتوحا فى حدود المسافة القانونية . وان كانت هذه المسافة أقل من متر ، كان المطل المواجه مجاوزا لحدود المسافة القانونية . واذا كان المطل المواجه خارجة (١) ، شرفة كان أو فــيراندا (veranda) أو تيراسا (terrasse) أو بلكونا (balcon) أو غير ذلك (٢) ، كانت نقطة البداية هى حافة المشربة أو الخارجة ونقطة النهاية

---

(١) ويلاحظ ان الخارجة تعتبر مطلا مواجها ، ليس فحسب بالنسبة الى ماهو امامها ، بل ايضا بالنسبة الى ما هو على يمينها وما هو على شمالها (نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩١١ — ١ — ٢٧٠ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٣١ ص ٧٦٤ — وفقرة ١٠٣٢ ص ٧٦٥) .

(٢) كأرض رفعت واستندت الى حائط فاصبحت بمثابة تيراس (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١٩ ص ٨٩٦ هامش ٢) ، او تيراس خطط على سطح المنزل (بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٣ ص ٧٦٦) .

هى دائما الخط الفاصل مابين العقارين ، ويجب أن تكون المسافة ما بين هاتين النقطتين لا تقل عن متر • واذا كان العقاران يفصل فيما بينهما حائط مشترك ، فالخط الفاصل هو منتصف سمك هذا الحائط (١) • وعلى ذلك اذا كان حائط المبنى قائما على مسافة تقل عن متر من الخط الفاصل، أو كان من باب أولى قائما على الخط الفاصل ذاته وهذا جائز ، فانه لا يصح فى هاتين الحالتين أن تفتح فى الحائط مطلات مواجهة •

أما اذا كان المطل منحرفا ، فهو أقل مضايقة للجار • ولذلك تقل المسافة ، فتصبح نصف متر بدلا من متر • وتقول المادة ٨٢٠ مدنى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد : « لايجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل » • فتقاس المسافة اذن من حرف النافذة الى الخط الفاصل مابين العقارين ، فان كانت نصف متر أو أكثر كانت المسافة قانونية ، والا فهى غير قانونية (٢) •

وقد قضت محكمة النقض بأن من المقرر أنه اذا كانت الفتحات مطلة مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين العقارين فهى مطلات مقابله لا منحرفة لان هذه هى التى لاتسمح بنظر ملك الجار الا بالالتفات عنها الى اليمين أو الى الشمال أو بالانحناء الى الخارج واذن فلاشك أن لذلك الجار الحق فى سد تلك الفتحات • لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه على ما استخلصه من الثابت بالأوراق وبتقرير الخبير من أن الفتحات محل النزاع التى اجراها الطاعن بمنزله الملاصق لمنزل وأرض المطعون ضدها تطل مباشرة على ملكها عند الحد الفاصل بين العقارين دون ترك المسافات المقررة قانونا وانها لذلك تعد مطلات

---

(١) ديمولمب ١٢ فقرة ٥٥٧ لوران ٨ فقرة ٥٨ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٦ •

(٢) وغنى عن البيان أن مسافتى المتر ونصف المتر انما تكونان حيث لايوجد نص تشريعى آخر يعين مسافة أخرى ، وتوجد هذه النصوص التشريعية المخالفة كثيرا فى قوانين تنظيم المبانى (انظر محمد على عرفة فقرة ٢٥١ — حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٣٧ هامش ١) •

مقابلة للطعن ضدها وليست مواجهة للطريق العام ومن ثم فان الطاعن باقامته لها قد اعتدى على حق مشروع للمطعون ضدها واذ انها وقد أقامت على أرضها منزلا وتركت جزءا منها كممر خاص لها كان من حقها الزام جارها الطاعن بالقيود التي ترد على حق الملكية ، واذ كان الثابت فضلا عن ذلك أن ترخيص البناء الصادر للطاعن قد منعه من فتح تلك المطلات ، فان الحكم المطعون فيه اذ انتهى من كل ذلك الى القضاء للمطعون ضدها بسد المطلات فانه يكون قد وافق صحيح القانون ويكون النعي عليه على غير أساس (١) .

واذا كان الفاصل بين العقارين أرضا فضاء مشتركة ، كطريق خاص أو فناء أو ممر للاستعمال المشترك ، دخلت هذه الأرض الفضاء كلها في حساب المسافة القانونية ، سواء للمطل المواجه أو للمطل المنحرف ، فيحسب المتر أو نصف المتر من المطل الى آخر الأرض المشتركة حيث تلاصق عقار الجار ، لا الى نصف هذه الأرض فقط (٢) .

٤٧٦ — مجال تطبيق قيد المسافة :

وما قدمناه من قيد المسافة ، في المطلات المواجهة والمطلات المنحرفة ، ينطبق على جميع العقارات المملوكة ملكية خاصة ، حتى لو كانت المالكة هي الدولة مادامت ملكيتها ملكية خاصة . أما الأملاك العامة ، فلا يسري قيد المسافة بالنسبة اليها كما سنرى (٣) .

ولا يشترط أن تكون العقارات موجودة في المدن ، فالعقارات

---

(١) نقض مدني في ٣ مايو سنة ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ رقم ٢٢٣ صفحة ١١١٦) .

(٢) نقض فرنسي ٣٨ اكتوبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ — ١ — ٥٥٨ — ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٤ — بودري وشوفو فقرة ١٠٤١ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٠ — حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٣٩ .

(٣) انظر ما يلي فقرة ٤٧٧ .

الموجودة فى القرى يسرى بالنسبة اليها هى أيضا قيد المسافة (١) •

ويستوى فى العقار الذى يفتح فيه المطل أن يكون مسكوناً أو غير مسكون ، وأن يكون مسورا أو غير مسور (٢) •

٤٧٧ — المطلات المعفاة من قيد المسافة :

على أن هناك مطلات لا تخضع لقيد المسافة ، فيمكن فتحها على أية مسافة كانت من العقار المجاور ، وأهمها ما يأتى :

أولا — الأبواب ومداخل العقار ، فهذه لا تعتبر مطلات ، اذ هى لا تعد للاطلال منها على الجار ، بل هى موجودة أصلا للدخول الى العقار والخروج منه (٣) •

---

(١) اوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١٥ •

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٢ ص ٧٦٧ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١٥ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠١٠ ص ٨١١ — ص ٨١٢ •

ويعتبر المطل المفتوح على أرض غير مبنية غالبا مفتوحا على سبيل التسامح (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص ١٣١ — ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٩ ص ١٠٣٤ — الاسكندرية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٩٦ ص ٥٩٢ — طنطا ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ — مصر ٣٠ يونية سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم رقم ٩٧ ص ٢١٥) •

ولا يشترط اثبات ان المطل المفتوح على أقل من المسافة القانونية قد احدث ضررا للجار ، وقد قضت محكمة النقض بأن قول الشارع فى المادة ٣٩ مدنى (قديم) : لايجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مقابل ، معناه التحريم ، والتحريم يوجب ازالة الفعل المحرم بلا نظر الى كونه أحدث ضررا بالفعل او لم يحدث ، فانه مع التحريم يكون الضرر مفترضا قانونا ، فعدم تحدث المحكمة فى حكمها بالازالة عن اعتساف الجار فى طلب الازالة لعدم اصابته بضرر من شأنه أن يستوجبها لايقدح فى حكمها ، اذ هذا التحدث كان يكون له محل لو ان المحكمة كانت تملك النظر فى قيام الضرر أو عدم قيامه (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٨ ص ٥٢١) •

(٣) نقض فرنسى ٢٨ يونيه سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٦ — ١ — ١٥٣ — ٢٥ مارس سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ٢٦٦ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٢ ص٧٦٧ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص٢٩٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ =

ثانيا — المطلات التى لا تكشف من العقار المجاور الا حيطـانا مسدودة مالم تتهدم هذه الحيطان ، أو لا تكشف الا السطح ، أو التى لا يبصر الناظر منها الا السماء . فالحكمة من قيد المسافة فى هذه الحالات منعدمة ، ومن ثم يجوز فتحها على أية مسافة كانت ، بل يجوز فتحهـا فى الحائط المقام على الخط الفاصل مابين العقارين (١) .

ثالثا — المطلات المواجهة للطريق العام ، ولو كانت مطلات منحرفة بالنسبة الى العقار المجاور . وقد نصت العبارة الأخيرة من المـادة ٨٢٠ مدنى ، كما رأينا ، صراحة على هذا الحكم ، اذ تقول : « ولـكن يرتفع هذا الحظر اذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هـو فى الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام » . وقد ورد هذا النص فى شأن المطل المنحرف الذى يكشف عقارا مملوكا ملكية خاصة ، ولا حاجة لمثـل هذا النص فى شأن المطل المواجه للطريق العام اذا لم يكن مطلا منحرفا كاشفا لعقار مملوك ملكية خاصة . ذلك أن الطريق العام انمـا تسرى عليه القواعد والنظم التى تضعها السلطة العامة ، فليس فى حاجة الى قيد المسافة . وهذا ما استقر عليه القضاء والفقه فى فرنسا ، دون أن يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص صريح فى هذا المعنى (٢) .

= فقرة ٩٢١ ص ٨٩٧ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير فقرة ١٠١٠ ص ٨١٢ — انظر عكس ذلك محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٦٦ ص ٤٧٥ — عبد المنعـم فرج الصدة فقرة ٩٩ ص ١٤٥ — دمياط الجزئية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٣٠ ص ٦٦٦ .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٩ — ص ٣٠٠ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢١ ص ٨٩٨ — ص ٨٩٩ — مارتى ورينو فقرة ٢٧٩ ص ٢٩٣ — اسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ١٠١ — انظر عكس ذلك عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٩٩ ص ١٤٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٩٢ هامش ١ — واذا انهدم الحائط الذى يكشفه المطل ، فأصبح المطل يكشف اجـزاء العقار الداخلية ، جاز لصاحب هذا العقار ان يطلب سد المطل حتى لو بقى المطل مفتوحا على الحائط مدة خمس عشرة سنة . ذلك لأن بقاء المطل مفتوحا على الحائط هذه المدة لا يكسب صاحبه حق ارتفاق بالتقادم ، اذ ليس فى هذا العمل اعتداء يكسب قيامه حقا بالتقادم (بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٨) .

(٢) نقض فرنسى أول يوليه سنة ١٨٦١ داللوز ٦٢ — ١ — ١٣٨ — ٢٨ =

٤٧٨ — المطلات المستوفية لقيد المسافة والمطلات غير المستوفية لهذا القيـد :

فاذا وجب قيد المسافة ، وكان المطل مستوفيا له ، فانـه يعد استعمالا لرخصة فى حدودها القانونية (١) • ولا يعتبر المطل ، مواجها كان أو منحرفا ، فى هذه الحالة ، حق ارتفاق على العقار المجاور ، بل هو كما قدمنا قيد من قيود الملكية لمصلحة العقار المجاور (٢) • فاذا اراد صاحب هذا العقار الأخير هو أيضا البناء فى ملكه ، كان بالخيار بين أن يبنى فى حدود ملكه فيقيم حائطا على الخط الفاصل بين العقارين ولكنه فى هذه الحالة لا يستطيع أن يفتح فيه مطلا لأنه لا يكون فى حـدود المسافة القانونية ، أو أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر اذا أراد فتح مطل مواجه أو بمسافة نصف متر اذا أراد فتح مطل منحرف (٣) •

أما اذا كان المطل غير مستوف لقيد المسافة ، بأن كان مفتوحا على

= اكتوبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ٢٨٥ — ٢٨ اكتوبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١ — ١ — ٥٥٨ — ٩ يناير سنة ١٩٣٤ داللوز الأسبوعى ١٩٣٤ — ١٤٩ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٧ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٤٠ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢١ ص ٨٩٨ •

(١) نقض مدنى ١٨ مارس سـنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما قصده الشارع من المادة ٣٩ من القانون المدنى (القديم) انما هو تقييد حرية صاحب الأرض المعدة للبناء فى ان يقيم البناء على نهايتها اذا كان يريد فتح مطلات له على ملك جاره • وهو لم يقصد بحال ان يجعل العقار المجاور خادما للعقار الذى فتح فيه المطل على المسافة القانونية من يوم فتحه ، بحيث يكون محملا بحق ارتفاق سلبى لا يمكن معه لصاحب هذا العقار ان يقيم بناء على حدود ملكه ، أو ان يسوره ويتصرف فى سوره بالهدم والبناء مرة بعد مرة وفى كل آن • وذلك لأن هذا الارتفاق السلبى ليس مما يكتسب بمضى المدة ، وانما هو لا يكون الا بالاتفاق عليه • فالمطل لا يعتبر ارتفاقا للعقار المطل على العقار المطل عليه متى كان مفتوحا على المسافة القانونية (نقض فى ١٨ مارس سـنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ وقد سبقت الاشـارة الى هذا الحكم) — وانظر حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٣٧ — ص ٢٣٨ •

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٦ — بلانيول وريبير وبيكـار ٣ فقرة ٩٢٢ •

مسافة أقل من متر اذا كان مواجها ، أو على مسافة أقل من نصف متر اذا كان مطلا منحرفا ، كان لصاحب العقار المجاور ان يطلب سده (١) • واذا فرضنا أن المطل كان مواجها وكان مفتوحا فى حائط قائم على الخط الفاصل بين العقارين ، كان لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا فى عقاره على نفس الخط الفاصل فيسد بذلك المطل المفتوح عليه ، بشرط ألا يفتح هو بدوره مطلا فى الحائط الذى أقامه لأن هذا المطل لا يكون مستوفيا هو أيضا لقيد المسافة •

وقد قضت محكمة النقض بأن طلب سد المطلات غير القانونية هو حق لصاحب العقار المطل عليه ولو كان أرضا فضاء ، باعتبار أن فتح المطلات اعتداء على الملك يترتب على تركة اكتساب صاحبها حق ارتفاق بالمطل والتزام مالك العقار المرتفق به مراعاة المسافة القانونية بين المطل وما قد يقيمه من بناء (٢) •

واذا بقى المطل غير المستوفى لقيد المسافة مفتوحا مدة سنة (٣)، واستوفى شروط دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة بأن كانت الحيازة صحيحة خالية من العيوب وليست على سبيل

---

(١) نقض مدنى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء اول ص ١٦٦ — وقد قضى بأنه يجوز ، بدلا من سد المطل سدا كاملا ، أن يكتفى بتحويله الى منور ، وذلك بسد الجزء الأسفل منه بحيث تصير قاعدته أعلى من قامة الانسان العادية ، اذا كان ذلك ممكنا (استئناف مصر ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٤ — شفيق شحاته فقرة ٣٨٦ ص ٣٧٧ — اسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ١٠٠) •

(٢) نقض مدنى فى ١٥ يناير سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ٤٢ صفحة ٢٠٧ •

(٣) أما اذا بقى المطل مفتوحا اقل من سنة ، فللجار أن يرفع دعوى منع التعرض ، لأن المالك بفتحه المطل فى غير الحدود القانونية يكون قد تعرض له فى حيازته (محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٧٣ — محمد على عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٣٣٣ — ص ٣٣٤ — مصر الكلية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٥٥ ص ٢٥٤ — وقارن طنطا الكلية ٢٨ يونية سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩) •

التسامح . فان صاحب المطل يستطيع أن يمنع الجار من التعرض له فى المطل وذلك بدعوى منع التعرض (١) ، أو من اقامة حائط على حدود ملكه يسد المطل وذلك بدعوى وقف الأعمال الجديدة . وعلى الجـار أن يرفع على صاحب المطل دعوى حق الارتفاق (action négatoire) ، فيكون على صاحب المطل ، وقد رفعت عليه الدعوى الموضوعية، أن يثبت أنه كسب حق ارتفاق المطل بسبب من أسباب كسب حقوق الارتفاق ومنها التقـادم (٢) .

فاذا ظل المطل المفتوح على أقل من المسافة القـانونية على هذا النحو مدة خمس عشرة سنه ، وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح ، وكان المطل غير معفى من قيد المسافة على النحو الذى بيناه فيما تقدم (٣) ، فان صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ، ويكون له الحق فى استيفاء مطله مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو (٤) . وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض ، حتى لو كان المطل مفتوحا فى حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين . بل ليس له فى هذه الحالة أن يقيم حائطا فى ملكه الا بعـد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر أو بمسافة نصف متر بحسب الأحوال ، وذلك حتى لا يسد المطل المكسوب بالتقادم كليا أو جزئيا (٥) . وهذا مانصت

---

(١) نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٩٣٥ داللوز الأسـبوعى ١٩٣٥ — ١٤٠ — محمد على عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٣٣٣ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ فبراير سـنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٣٦ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٩ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٧٤ — فقرة ٣٧٥ — محمد على عرفة فقرة ٢٥٧ ص ٣٣٤ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٧٧ .

(٤) نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩٦٣ داللوز ٦٥ — ١ — ١٤٥ — ١٩ اكتوبر سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧ — ١ — ١١٦ — ١٧ نوفمبر سـنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٨٨ — ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ١٤٠ — ٢ مارس سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ١ — ٨١٣ — أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٣٢٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٣ .

(٥) نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ — ١ — ٦٩ — ٢٩ يوليه سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٧٨ — أوبرى ورو ٢ فقرة١٩٦ =

عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٨١٩ مدنى ، كما رأينا ، اذ تقول : « واذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلا يجوز لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل » (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادة ٨١٩ من القانون المدنى انه اذا كسب المطل المواجه بالتقادم فلا يحق للجار أن يبنى على مسافة أقل من متر على طول البناء الذى فتح فيه المطل حتى لا يسد المطل كليا أو جزئيا ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بمنع تعرض الطاعنين للمطعون عليه فى حيازة حق الارتفاق بالمطل وقضى فى

= هامش ٢٦ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٥ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٤ ص ٩٠٠ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « .. ثم حسم (المشروع) خلافا قائما فى القضاء المصرى بشأن كسب المطل المواجه بالتقادم . فهناك احكام تقضى بأنه اذا كسب المطل بالتقادم ، فلا يحق للجار أن يبنى على مسافة اقل من متر على طول البناء الذى فتح فيه المطل . وهناك أحكام اخرى تعطى الجار الحق فى أن يبنى على حدود ملكه ، ولو سد المطل المفتوح . وقد اخذ المشروع بالراى الأول ، لأنه هو الذى يجعل لكسب المطل بالتقادم قيمة جدية ويجب ان يؤخذ بهذا الحل ايضا فى المطل المنحرف ، اذا كسب بالتقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٨) .

اما الأحكام التى تشير اليها المذكرة الايضاحية فمنها ما يطابق النص : استئناف وطنى ١٥ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٠١ — الاسكندرية الوطنية ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٩ ص ٢٧٦ — المنصورة الجزئية الوطنية ٢ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٤٤٧ ص ٧٣٦ — استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٤ — ٧ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٠٢ — ٢٧ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٨ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥٨ — ومنها ما يناقضه : استئناف وطنى ١٨ ابريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٢ ص ٢١٩ — ٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٣٨ ص ٦٩ — مصر الوطنية ٨ أبريل سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ١٤٦ — ٤ اكتوبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١١٧ ص ٢٢٧ .

نفس الوقت بازالة المضيفة التى بنوها ، فانه يكون قد خالف القانون اذ كان يتعين قصر الازالة على ما بنى فى مسافة متر بطول المنزل المفتوح فيه المطل (١) •

وكان هناك شك فى أن من كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل يكون من حقه الزام الجار بترك المسافة القانونية ، لا على طول فتحة المطل فقط ، بل على طول البناء كله الذى فتح فيه المطل (٢) • وقد جاء التقنين المدنى المصرى الجديد حاسما فى هذه المسألة بنص صريح ، اذ يقول كما رأينا : « وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل » (٣) •

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد المادة ٨١٩ من القانون المدنى أن المطل اذا كان مفتوحا على مسافة أقل من متر وظل على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة ، وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح ، فان صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ويكون له الحق فى استبقاء مطله مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض حتى لو كان المطل مفتوحا فى حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين بل ليس له فى هذه الحالة أن يقيم حائطا فى ملكه الا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر وذلك حتى لا يسد المطل المكتسب بالتقادم (٤) •

واذا التزم الجار ترك المسافة القانونية من حد المطل وأقام بناء، فليس لصاحب المطل أن يطالب بهدم البناء، لأنه لم يكسب الا حق ارتفاق بالمطل

---

(١) نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٧٨ مجموعة احكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٣١ صفحة ١٧٢١ •

(٢) الاسكندرية الكلية ٣٠ ابريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٩ ص ٢٧٩ — مونبلييه ١٥ نوفمبر سنة ١٨٤٧ داللوز ٤٨ — ٢ — ٦٥ •

(٣) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٠ ص ٤٩١ — ص ٤٩٢ •

(٤) نقض مدنى فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٣٧٢ صفحة ٢٠٠٠ •

وقد سلم له مطله بمسافته القانونية ، دون أن يكسب حق ارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية (non aedificande, de altius non tolledi) (١) .

فاذا أقام الجار حائطا فى ملكه بعد نرك المسافة القانونية ، فانه يجوز له أن يفتح فى هذا الحائط مطلا بشرط أن يراعى هو ايضا المسافة القانونية . فاذا كان المطل الأول مفتوحا فى حائط مقام على الخط الفاصل ، كان للجار ان يقيم حائطا يبعد عن المطل أى عن الخطا الفاصل بمسافة متر ، وله فى هذه الحالة ان يفتح مطلا فى حائطه لأن هذا المطل يكون فى هذه الحالة مفتوحا فى حدود المسافة القانونية فهو يبعد عن الخط الفاصل بمسافة متر (٢) . وهناك رأى يذهب الى ان الجار ليس له فى هذه الحالة أن يفتح فى حائطه مطلا ، واذا أراد ذلك فعليه أن يبتعد بحائطه مترا آخر فيكون على مسافة مترين من الخط الفاصل (٣) .

ويكسب صاحب المطل بالتقادم حق ارتفاق بالمطل فى نطاق الحيازة التى كانت أساسا للتقادم (٤) . فمن كسب بالتقادم حق المطل من نافذة

---

(١) استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢١ — ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٨ — ٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩١ — الاسكندرية الجزئية المختلطة ١٥ سبتمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٨٢ ص ١١٦ — نقض فرنسى ٢١ يوليه سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٦ — ١ — ٣٩٣ — ٢١ يونيه سنة ١٩٢١ جازيت دى باليه ٢٤ اكتوبر سنة ١٩٢١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٤ ص ١٣٢ .

(٢) أنظر اسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ١٠٢ هامش ٢ .

(٣) محمد على عرفة فقرة ٢٥٨ ص ٣٣٥ — حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٤١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٠ ص ١٤٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٧ ص ٩٣ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان حقوق الارتفاق ومنها حق المطل ، انما يجوز اكتسابها بالتقادم اذا ما توافرت اركان وضع اليد المكسب للملكية المقرر بالمادة ٤٦٨ من القانون المدنى ، فاذا قضت المحكمة باكتساب حق الارتفاق بالمطل وجب عليها ان تبين فى حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد ومظهره ومبدئه واستمراره طوال المدة المكسبة له حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون (نقض مدنى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ٤٥٦ صفحة ٢٥٠١) .

واحدة ، لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى (١) • ومن كسب بالتقادم مطلا فى الطابق العلوى لا يحق له أن يفتح مطلا فى طابق أعلى أو فى طابق أسفل (٢) • ولكن من كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل ، اذا كان لا يستطيع أن يضيف اليه مطلا آخر ، فانه يستطيع أن يزيد فى سعة المطل الذى كسبه بالتقادم ، لأن القانون لم يقيد سعه الفتحات(٣)•

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ كان مفاد الاتفاق — فى عقد البيع — هو تقرير حق ارتفاق سلبى بعدم المطل على ملك المطعون عليهم، وهو أمر لا مخالفة فيه للقانون . وكان الحكم المطعون فيه فى خصوص الرد على دفاع الطاعنين بان هذا الشرط تعسفى ، قد عرض للحالات الثلاثة التى اوردتها المادة الخامسة من القانون المدنى وقرر أنها غير متوافرة فى الدعوى لأن المصلحة المقصوده عن هذا الشرط مشروعة ولم يثبت من الأوراق أن المطعون عليهم قصدوا الى مجرد الأضرار بالطاعنتين ، بل الثابت أن المصالح التى يرجون تحقيقها مصالح أدبية جوهرية حرصوا على النص عليها صراحة بما لايدع مجالا للقول بأنها قليله الأهمية بالنسبة لما يصيب الطاعنتين من ضرر بسببها ، واذ يتضح مما سلف أن المحكمة فى حدود سلطتها التقديرية اطرحت بأسباب سائغة لها اصلها الثابت فى الاوراق ماتمسكت به الطاعنتان من أن الشرط المشار اليه تعسفى ، فان النعى يكون غير سديد (٤) •

---

(١) مصر الكلية الوطنية اول مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٣٩ ص ٧٠٠ — استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٢٤٠ ص ٧٦ — نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩٠٢ دالloز ١٩٠٣ — ١ — ٨٨ — لوران فقرة ٦٣ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٥ ص ٧٧٢ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨١ •

(٢) مصر الكلية استئناف ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٨ ص ٥٤ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨١ ص ٤٩٣ •

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٥ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨١ ص ٤٩٣ — عكس ذلك لوران ٨ فقرة ٦٣ •

(٤) نقض مدنى فى ١٠ مايو سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ١٩٩ صفحة ١١٥٨ •

واذا انهدم الحائط المفتوح فيه مطل كسب بالتقادم ، ثم أعيد بناؤه ، فان حق المطل يرجع من جديد بنفس مداه دون زيادة (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر أنه اذا انهدم العقـــار القديم وأعيد بناؤه فان حق الارتفاق بالمطل يعود للعقار الجديد (مادة ١٠٢٨ مدنى) الا ان هذه العودة يجب أن تقدر بقدرها وان تتقيد بمضمون الأرتفاق الأصلى واذا كان الثابت أن الأرتفاق الأصلى بالمطل لايجاوز الدور الأرضى من العقار القديم ، فان الحكم المطعون فيه بتقريره حق المطل لكافة الطوابق التى تعلو الدور الأرضى من عقار المطعون ضـــده الجديد يكون قد خالف القانون (٢) .

ويجوز اثبات مدى المطل الذى كسب بالتقادم عن طريق البينة ، لأن الأمر يتعلق بواقعة مادية (٣) . ولكن اذا بقى الحائط متهدما مدة خمس عشرة سنة ، ثم أعيد بناؤه ، فان حق المطل لا يرجع من جديد ، لأنه يكون قد زال بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين مما قرره الحـــكم أن المحكمة حصلت من عقد البيع المسجل المبرم بين الطاعنه والبائعتين

= قارن ما قضت به محكمـــة النقض من أن حق ارتفـــاق المطل اذا توافر له شرطا الظهور والاستمرار بنية استعمال هذا الحق جاز كسبه بالتقادم اعمالا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ من القانون المدنى. وينتهى اعمالا لما تنص عليه المادة ١٠٢٦ من القانون المدنى بهلاك العقـــار المرتفق هلاكا تاما (نقض مدنى فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٨٠ مجموعة أحـــكام النقض السنة ٣١ رقم ٣٧٢ صفحة ٢٠٠٠) .

(١) استئناف مصر ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٦٩ ص ١٢٤ — استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٢٣ .

(٢) نقض مدنى فى ٨ ابريل سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٠٦ صفحة ٦٧٦ .

(٣) نقض فرنسى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٨٨ — ديمولمب ١٢ فقرة ٥٨٢ — لوران ٨ فقرة ٦٤ — بودرى وشوفو فقـــرة ١٩٣٥ ص ٧٧٢ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٢ .

(٤) أجا ٢٢ ابريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٥١٦ ص ٦٣٠ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٢ ص ٤٩٤ .

لها ومن باقى الأوراق ، ان ارادة الطرفين قد اتجهت الى التنازل عن حق الأرتفاق بالمطل المقرر للعقار المبيع للطاعنه على عقارات المطعون عليهم ، ولم تخرج فى تفسيرها هذا عن المعنى الظاهر لعبارة العقـد ، وأوضحت الاعتبارات المبررة لذلك ، ثم اعملت أثر هذا التنازل فى النزاع المطروح على اساس تفسيرها لعقد البيع الذى تستند اليه الطاعنة فى أثبات ملكيتها ، وعلى ان التنازل الذى انطوى عليه ينتج أثره بالارادة المنفردة للمتنازل ولايحتاج الى قبول فلا يلزم ان يكون المتنازل له طرفا فى المحرر المثبت له ، اذا كان ذلك فان النعى على الحكم المطعون فيــه بالقصور ومخالفة القانون يكون على غير أساس (١) .

ب — المنــور

٤٧٩ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٢١ مدنى على ما يأتى :

« لا تشترط أية مسافة لفتح المناور ، وهى التى تعلو قاعدتهــا عن قامة الانسان المعتادة ، ولا يقصد بها مرور الهواء ونفاذ النــور، دون أن يستطاع الاطلال منها على العقار المجاور » (٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن ســكوت هذا التقنين عن تعيين مسافة للمناور معناه أنه لم تكن تشترط فيه أية مســافة لها (٣) .

---

(١) نقض مدنى فى ١٥ يناير سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ٢٠ صفحة ١١٢ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليــه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٢ فى المشروع النهائى ، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧١ — ص ٧٢) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى =

- ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٢/٩٧٠ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٣٠ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى العراقى — ويقابل النص فى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٦٦ — ولا مقابل للنص التقنين المدنى الكويتى ولا فى التقنين المدنى الأردنى (١) •

ويخلص من هذا النص أن المنور لا يشترط فى فتحه أية مسافة كما تشترط مسافات معينة بالنسبة الى فتح المطل سبق بيانها • وكل مايشترط فى المنور هو أن يكون على ارتفاع معين وألا يستعمل الا لنفاذ النور ومرور الهواء ، فلا يجوز الاطلال منه على العقار المجاور • وللمنور الذى استوفى هذه الشرائط حكم فى القانون ، يختلف عن حكم المنور الذى لم يستوفها •

٤٨٠ — القيد فى المناور هو فى الارتفاع لا فى المسافة :

قدمنا أن القانون الفرنسى يميز تمييزا واضحا بين المناور والمطلات ، فالمنور لا يكون الا لنفاذ النور ، ولا يجوز مرور الهواء منه

= « وقد سكت التقنين الحالى (السابق) عن ذكر المناور ، ولكن الحكم فيه هو ماتقدم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧١) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٢/٩٧٠ : واذا لم تكن هذه المسافة (مسافة مترين بالنسبة الى المطل) موجودة ، فلا يجوز فتح النوافذ او الشبابيك ألا على علو مترين ونصف من ارض الغرفة المراد اضاءتها اذا كان الطابق أرضيا وعلى علو متر وتسعين سنتميترا من أرضية الغرفة اذا كان الطابق علويا .

(وعلو المنور عن أرضية الغرفة فى التقنين السورى هى كما نرى ٢½ مترا فى الطابق الأرضى و ٩ و ١ مترا فى الطوابق الأعلى . فى حين انها فى التقنين المصرى علو يزيد على قامة الانسان فى جميع الأحوال .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٦٦ (مطابقة للمادة ٢/٩٧٠ سورى ، والخلاف بين التقنين المصرى والتقنين اللبنانى هو نفس الخلاف بين التقنين المصرى والتقنين السورى) .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل .

التقنين المدنى الاردنى : لا مقابل .

ولا الاطلال منه على العقار المجاور • ولذلك يجب ، الى جانب أن يكون على أرتفاع معين (٢٫٦٠ مترا فى الطابق الأرضى و ١٫٩ مترا فى الطبقات العلوية)، تجهيزه بشباك من حديد لا تزيد أى عين من عيونه على ديسمتر واحد وسده بزجاج غير شفاف • أما المنور فى القانون المصرى فلا يختلف عن المطل الا من حيث الارتفاع ، ومن حيث الغرض المقصود منه اذ المقصود من المنور نفاذ النور ومرور الهواء فى وقت واحد ، ولذلك ليس من الضرورى أن يجهز بشباك من الحديد ولا أن يسد بزجاج غير شفاف ، ولايجوز الاطلال من المنور (١) •

ولا يقيد القانون المصرى ، كما لا يقيد القانون الفرنسى ، المناور بمسافات معينة ، كما قيد كل من القانونين المطلات المواجهة والمطلات المنحرفة • فيجوز اذن فتح المناور فى الحيطان على أية مسافة ، بل يجوز أن يقيم المالك حائطا على الخط الفاصل ما بين عقاره والعقار المجاور ويفتح فيه ما يشاء من المناور • والقيد الوحيد للمنور ، فى القانون المصرى ، هو أن يكون ارتفاعه فوق قامة الانسان المعتادة ، حتى لا يستطاع الاطلال منه • فيمكن أن يكون على ارتفاع مترين مثلا ، أو على ارتفاع ١٫٩ مترا كما هو الأمر فى القانون الفرنسى ، ولكن لا يجوز أن يكون على ارتفاع ١٫٧٥ مترا فقط اذ أن قامة الانسان المعتادة تصل الى هذا الطول (٢) •

وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ٨٢١ من القانون المدنى على انه « لا يشترط أية مسافة لفتح المناور وهى التى تعلو

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٧٣ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٢٤ •

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه اذا كان ارتفاع الفتحة عن سطح الغرفة بمقدار يعلو عن قامة الرجل العادى بحيث لا يتسنى الاطلال منها على الجار ، فانها تعتبر بمثابة منور لا مطل (استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٧٤٢) — واذا فتح منور فى بئر السلم ، قيس الارتفاع من اقرب درجات السلم الى المنور (بودرى وشوفو فقرة ١٠٢٩ ص ٧٦٢ — اوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٣) •

قاعدتها عن قامة الانسان المعتادة دون تخصيص هذا المعيار بارتفاع معين — يدل على ان المشرع قد ترك لمحكمة الموضوع تقدير الارتفاع المطلوب وفقا لذلك المعيار • واذ كان الثابت بتقرير الخبير المنتدب ان العرف جرى على احتساب القامة المعتادة للانسان بـ ١٨٠ سم ، فأن الحكم المطعون فيه اذ قضى بالتزام الطاعن برفع قاعدة الفتحات موضوع التداعى الى العلو المشار اليه استنادا الى ما جاء بتقرير الخبير ، فانه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (١) •

ثم قضت محكمة النقض بأن المقصود بالمناور — وفقا لما نصت عليه المادة ٨٢١ من القانون المدنى — تلك التى تعلو قاعدتها عن قامة الانسان المعتادة • واذ كان الثابت من تقرير الخبير المنتدب من محكمة الاستئناف والمقدمة صورته الرسمية رفق أوراق الطعن والذى أخذ به الحكم المطعون فيه ، ان العرف قد جرى على احتساب القامة المعتادة للانسان بـ ١٨٠ سم وأن قاعدة احدى الفتحات التى انشأتها الطاعنتان ترتفع بمقدار ١٥٠ سم ومن ثم فان هذه الفتحة لا تعتبر منورا (٢) •

ونرى من ذلك أن الفتحة فى الحائط ، فى القانون المصرى ، اذا لم تكن مرتفعة فهى مطل معد لنفاذ النور ولمرور الهواء وللاطلال منه ،

---

(١) نقض مدنى فى ٣١ يناير سنة ١٩٧٤ مجموعة احكام النقض السنة ٢٥ رقم ٤٦ صفحة ٢٧٢ •

كما قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ٨٢١ من القانون المدنى على انه لا يشترط اية مسافة لفتح المناور وهى التى تعلو قاعدتها عن قامة الانسان المعتادة دون تخصيص هذا المعيار بارتفاع معين يدل على ان المشرع قد ترك لمحكمة الموضوع تقدير الارتفاع المطلوب وفقا لذلك المعيار ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر القامة المعتادة هى ١٨٠ سم ، فانه لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى فى ٢٣ ابريل سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ رقم ٢٢٦ صفحة ١٢٢٨) •

(٢) نقض مدنى فى ٣٠ مايو سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢٨٧ صفحة ١٥٠٣ •

فيجب إذن أن تراعى فيه المسافات القانونية التى تقدم بيانها • وإذا كانت الفتحة مرتفعة بحيث تعلو على قامة الانسان المعتادة ، فهى منور معد لنفاذ النور ولمرور الهواء دون الاطلال منه ، فلا تراعى فيه مسافة ما ولو فتح فى حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين ، ولكن يراعى فيه هذا القدر من الارتفاع •

٤٨١ — حكم المناور المستوفية لشرط الارتفاع :

فمتى استوفى المنور شروطه ، بأن كان على هذا الارتفـاع المعين وبأن كان معداً للنور والهواء دون الاطلال ، كان لصاحبه أن يستبقيه ، ولا يجـوز لصـاحب العقـار المجـاور أن يعترض عليه أو أن يطلب سده (١) •

ولكن صاحب المنور لا يكسب حقا قبل صـاحب العقار المجاور ، فهو بفتحه المنور انما أتى رخصة من المباحات • ولذلك يجوز لصـاحب العقار المجـاور أن يقيم حائطـا فى ملكه على الخط الفاصـل ما بين العقارين ، فيسد المنور الذى فتحه جاره ، ولا يصبح هذا المنور صالحا للانارة ولا لمرور الهواء (٢) • وليس لصـاحب المنور أن يعترض على ذلك ، أو أن يطلب هدم الحائط الذى أقامه الجـار فى ملكه ، اذ هو لم يكسب حقا قبل الجار بفتحه المنور كما قدمنا •

---

(١) ولكن لا يجوز لصاحب المنور ان يسىء استعماله ، كأن يقذف منه على الجار مخلفات منزله ، أو أن يعتلى ما يمكنه من الاطلال من المنور على الجار (الجيزة ١٦ ابريل سنة ١٩٢٩ المحـاماة ١٠ رقم ٣٨٨ ص ٧٧٨ — دمياط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٣٠ ص ٦٦٦ — محمد على عرفة فقرة ٢٥٤ ص ٣٢٨ — اسـماعيل غانم ٤٦ ص ٩٩ — ص ١٠٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٠ ص ١٥٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٣٨ ص ٩٤ •

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٦ ص ٢٩٣ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٠ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩١٧ — نقض فرنسى ٢٥ يناير سنة ١٨٦٩ داللوز ٧٠ — ١ — ٧٢ — ٢٤ يناير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ١ — ١٦٦ — ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ٣١٣ — ٨ يناير سـنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ١٤٠ •

ويكون هذا هو الحكم ، حتى لو أن المنور بقى مفتوحا مدة خمس عشرة ســـنة أو أكثر ، فيجوز للجار ، حتى بعد انقضاء هذه المدة ، أن يقيم حائطا فى ملكه يسد به المنور • ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم ، فهو انما أتى رخصة من المباحات كما قدمنا ، واتيان الرخصة لا يصلح أساسا للحيازة ولا للتملك بالتقادم المكسب (١) •

ونرى من ذلك أن المالك ، اذا فتح منورا فى حائط أقامه ، يحسن به أن يبتعد بالحائط عن الخط الفاصل ما بين العقارين لمسافة كافية لبقاء المنور صالحا للغرض المقصود منه ، وهو الانارة والتهوية ، حتى لو بنى جاره حائطا على الخط الفاصل فيما بعد ، فان المنور يكون فى هذه الحالة بعيدا عن حائط الجار بعدا كافيا يبقى على صلاحيته كمنور •

٤٨٢ — حكم المناور غير المستوفية لشرط الارتفاع :

واذا كان المنور غير مســتوف لشرط الارتفاع الواجب ، بأن كان مفتوحا مثلا على ارتفاع ١٫٧٥ مترا أو على ارتفاع أقل من أرضـــية الحائط ، فانه يعتبر فى القانون المصرى مطلا لا منورا كما تقدم القول • ومن ثم يجب التمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون هذا المطل قد روعيت فيـــه المســـافة القانونية التى سبق بيانها فى المطل المواجه والمطل المنحرف • وفى هذه الحالة لا يجوز للجار الاعتراض عليه ، لا من حيث انه منور ولا من حيث انه مطل • وتسرى الأحكام التى قدمناها فى المطلات المفتوحة فى

---

(١) اســتئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحــاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٧٣٢ — طنطا الكلية ٢٨ يونية سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ — ابنوب ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٨٤ ص ٣٩٧ — بودرى وشوفو فقرة ١٠٣٠ ص ٧٦٣ — محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٦ — شـــفيق شـــحاته فقرة ١١٩ — محمد على عرفة فقرة ٢٥٤ ص ٣٢٨ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٩ — اسماعيل غانم فقرة ٤٦ ص ٩٦ •

حدود المسافة القانونية (١) •

(الحالة الثـانية) أن يكون هذا المطل لم تراع فيـه المسـافة القانونية • وفى هذه الحـالة يجوز للجار أن يعترض عليـه وأن يطلب سده • ولا يجوز لصاحبه أن يدعى انه انما فتح منورا لا مطلا ، وأن شكل الفتحة وسعتها ووضعها يدل كل ذلك على ان المقصود منها الانارة التهوية لا الاطلال ، وأن الفتحة لا تستعمل فعلا للاطلال • فما دامت الفتحة ليست على الارتفاع الواجب قانونا ، فهى مطل لا منور كمـا تقدم ، وتسرى عليهـا جميع الأحكـام التى تسرى على المطلات غير المستوفية لقيد المسافة وقد تقدم بيانها (٢) •

ومن هذه الأحكام أن الفتحة اذا بقيت على وضـعها مدة خمس عشرة سنة ، فقد كسب صاحبها حق ارتفاق بالمطل • ولا يجوز بعد ذلك للجار أن يعترض على بقاء الفتحة ، ولا أن يطلب سدها ، سواء اعتبرت منورا أو مطلا (٣) •

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٧٨ •
(٢) انظر آنفا فقرة ٤٧٨ •
(٣) محمد كامل مرسى ١ فقرة ٣٨٦ — محمـد على عرفة فقرة ٢٥٤ ص ٣٢٨ — ص ٣٢٩ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٩ ص ١٢٧ — اسماعيل غانم فقرة ٤٦ — عبد المنعم فرج الصـدة فقرة ٦٦ — حسن كيرة فقرة ٧٦ ص ٢٤٢ •

الباب الثالث

الملكية الشائعة

٤٨٣ — تقسيم الموضوع :
تجرى فى تقسيم الموضوع على نهج التقنين المدنى ، فنتكلم أولا فى الملكية الشائعة بوجه عام ، ثم نتكلم فى وضع خاص للشيوع هو الشيوع الاجبارى .

الفصل الأول

الملكية الشائعة بوجه عام (*)

(Copropriété - Indivision)

٤٨٤ — الملكية الشائعة فى التقنين المدنى السابق والتقنين المدنى الجديد :
حذا التقنين المدنى السابق حذو التقنين المدنى الفرنسى ، فكان

(*) مراجع :
Lebret فى فكرة الشيوع فى القانون الفرنسى رسالة من Caen سنة ١٩٢٢ — Siesse فى الشيوع الوراثى فى القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — Cembron فى الشيوع وملكية الطبقات (شرح القانون البلجيكى الصادر فى ٨ يوليه سنة ١٩٢٤) بروكسل سنة ١٩٢٥ — Janasco فى الشيوع فى المال رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ .
De Vareilles - Sommieres فى الملكية الشائعة فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٧ ص ٥٣٧ وما بعدها — كابيتان فى الشيوع الوراثى فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤ ص ١٩ وما بعدها وص ٨٤ وما بعدها — شكرى ترداحى فى الملكية الشائعة فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٠ ص ٣٠٠ وما بعدها — Vincent فى الملكية الجماعية والشيوع والأثر الكاشف للقسمة فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٢٨٤ وما بعدها — حامد زكى نحو تنظيم تشريعى للملكية الشائعة فى مصر فى مجلة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٣٣ ص ٣٧٦ وما بعدها وص ٥٠٧ وما بعدها — Supervielle فى فكرة الملكية الشائعة فى مجلة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٤٨ ص ١٠٢٥ وما بعدها .

مقتضيا أشد الاقتضاب (١) فى النصوص التى أوردها فى شأن الملكية الشائعة (coproriété, indivision) (٢) ، وذلك بالرغم من انتشار الملكية الشائعة فى مصر بسبب الميراث وبقاء الورثة غالبا فى الشيوع مدة طويلة . ولا يكاد التقنين المدنى السابق يشتمل على نصوص فى الشيوع ، فيما عدا بعض النصوص التى تبين اجراءات قسمة المال الشائع ، وضعت فى الفصل الخاص بقسمة الشركات . واشتمل تقنين المرافعات الأسبق على المادة ٦٢١ ، وهى لا تجيز الاتفاق على البقاء فى

---

(١) وسبب اقتضاب التقنين المدنى الفرنسى ان هذا التقنين وقف عند الملكية الرومانية ، وهى ملكية فردية يكون فيها مالك واحد له سلطة مطلقة على المال المملوك . فاذا تعدد المالك ، كان هذا أمرا استثنائيا وعابرا مصيره الى الزوال ، فزوال الشيوع لابقاؤه هو الأصل فى الملكية الرومانية ، ومن ثم لم تكن هناك حاجة ملحة الى تنظيم الشيوع فى حالة البقاء . وهذا بخلاف الشيوع الجرمانى ، أو ما يسمى بملكية اليد المشتركة (propriété en main commune, Gesammte Hand) ، حيث يكون المالك هو جماعة من الناس لا يتمتعون بالشخصية المعنوية . فتختلف الملكية الجماعية الجرمانية عن الملكية فى الشيوع ، فى أن المالك فى الشيوع هو شخص واحد ولكنه لا يملك الا حصة غير مفرزة فى المال الشائع ، فى حين أن المالك فى الملكية الجماعية هو جماعة من الناس ويملكون مجتمعين كل المال . ولا تعتبر الملكية الجماعية الجرمانية أمرا استثنائيا عابرا ، بل هى أمر مستقر ، ولذلك كانت دليلا لتنظيم مفصل . اما فى فرنسا فهذه الملكية الجماعية المستقرة تتخذ صورة الشخص المعنوى ، فيخلع على الجماعة التى تملك المال شخصية معنوية تجعلهم شخصا واحداً ، ومن ثم تنقلب الملكية الجماعية الى ملكية فردية .

انظر فى الملكية الجماعية : Mougin فى المركز القانونى للشركات المجردة من الشخصية المعنوية فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٠ ص ٦٩٧ وما بعدها — Josserand فى الملكية الجماعية فى الكتاب المئوى للتقنين المدنى جزء أول ص ٣٥٧ وما بعدها — Ricol فى الملكية الجماعية رسالة من تولوز سنة ١٩٠٧ — Siesse فى الشيوع الوراثى فى القانونى المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ .

(٢) انظر فى وجوه مختلفة للتفرقة بين لفظ copropriété ولفظ Indivision مارتى ورينو فقرة ٥٧ ص ٧٣ — والأولى الاحتفاظ بلفظ copropriété (الملكية الشائعة) للشيوع فى حق الملكية دون غيره من الحقوق العينية الأخرى ، واطلاق لفظ Indivision (الشيوع) على كل شيوع سواء كان فى حق الملكية أو فى غيره من الحقوق العينية الأخرى (Nerson فى أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Indivision فقرة ٢٩) .

الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات • وقد عمل القضـــاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق ، كما عمل القضاء الفرنسى ، على ســـد هذا النقص • وقنن التقنين المدنى الجديد أحكام القضـــاء المصرى فى هذا الشـــأن ، وزاد على هذه الأحكام كثيرا من القواعد التى تنظم الملكية الشائعة بما يتفق مع أهميتها فى مصر • ووقف بوجه خاص عند ادارة المال الشائع حتى يمكن لأغلبية الشركاء أن يحدوا من تعنت الاقلية ،وعند التصرف فى المال الشائع ، وعند انقضاء الشيوع بالقسمة (١) •

٤٨٥ — تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية — نص قانونى :

تنص المادة ٨٢٥ مدنى على ما يأتى :

« اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع • وتحسب الحصص متساوية ، اذا لم يقم دليل على

---

(١) وقد فصلت المذكرة الايضـــاحية للمشروع التمهيدى كل ذلك فيما يأتى : « اما الملكية الشائعة فلا يكاد التقنين الحالى (السابق) يذكر عنها شيئا ، مع ما لهذا النوع من الملكية من الأهمية والانتشـــار فى مصر . وقد تبسط المشروع فى الملكية الشائعة بما يتفق مع اهميتها . فجعل حق المشترى لجزء مفرز من المال الشائع ينتقل — اذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب البائع — الى ما يؤول الى البائع بطريق القسمة . ووقف بنوع خاص عند ادارة المال الشائع ، حتى يزيل ما يصـيب اغلبية الشركاء من العنت بسبب تحكم الأقلية . فبعد أن قرر ان ادارة المال الشـــائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ، فصل هذا المبدأ ، وبين أن ما يستقر عليه رأى من يملكون ثلاثة ارباع المال الشـــــائع يكون ملـــزما للجميع . وعرض المشروع لحق استرداد الحصة الشائعة فقصره على المنقول ، حتى لا يتزاحم فى العقار مع الشفعة . وانتقل بعد ذلك الى انقضاء الشيوع بالقسمة ، ففصل اجراءاتها وهى تتفق فى جملتهـــا مع الاجـــراءات التى نص عليهـــا التقنين الحـــالى (السابق) . ونص على الأثر الكاشف للقســـمة ، فأزال بذلك التنـــاقض الموجود ما بين التقنين الأهلى والتقنين المختلط . ونص على ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة ، وعلى نقض القسمة للغبن فيما يزيد على الربع ، وهـــذه نصـــوص لا نظير لها فى التقنين الحالى (الســـابق) ، ثم اعقب ذلك بنصوص تتناول قسمة المهاياة ، وكلها نصوص جديدة تقنن المبادىء التى استقر عليها القضاء المصرى وتزيد عليها بعض الأحكام الصالحة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩) .

غير ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنيـة العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٨٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٣٤ — وفى التقنين المدنى العراقى المـادة ١٠٦١/١ — وفى قانون الموجبـات والعقود اللبنانى المادتين ٨٢٤ و ٨٢٥ — وفى التقنين المدنى الكـويتى المادة ٨١٨/١ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٣٠ (٣) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هـذا النص فى المـادة ١١٩٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « اذا ملك اثنان او أكثر شـيئا دون ان تفرز حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء فيه على الشـيوع ، وتحسب الحصـص متسـاوية عند الشـك » . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد ادخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فأصـبح رقم النص ٨٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٤ ، فمجلس الشـيوخ تحت رقم ٨٢٥ (مجمـوعة الأعمـال التحضيرية ٦ ص ٧٨ — ص ٧٩) .

(٢) لا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٨٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦١/١ : اذا ملك اثنان أو اكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية اذا لم يقم الدليل على غير ذلك .

(والتقنين العراقى يوافق التقنين المصرى ، الا انه حذف عبارة «غير مفرزة حصة كل منهم فيه » ، وكان الأولى ابقاءها) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٢٤ : عندما يكـون شىء أو حق ملكا شائعا ومشتركا بين عدة أشخاص ، ينشأ عن ذلك كيان قانونى يسمى شركة ملك أو شبه شركة ، وهى تكون اختيارية او اضطرارية .

م ٨٢٥ : اذا قام الشك ، عدت أنصبة الشركاء متساوية .

(والتقنين اللبنانى يتفق مع التقنين المصرى — انظر فى الملكية الشائعة بوجه عام فى القانون اللبنانى حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصـلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ١٧٢ — ص ٢٣٥) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨١٨/١ : اذا تعدد أصحاب الحق العينى على =

ويتبين من هذا النص أن الملكيــة الشــائعة تقع على مال معين بالذات ، يملكه أكثر من شـــخص واحد (١) • وتتناول هذه الملكية المال الشائع كله غير منقسم ، أما حق كل شريك فيقع على حصـــة شائعة فى هذا المال ، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو هذه الحصة الشــائعة • فحق الملكية على المال الشائع هو الذى ينقسم حصصيا (quote - parts) دون أن ينقسم المال ذاته (٢) •

ولما كان ملاك المال الشائع (copropriétaires-indivisaires communistes) متعددين ، فلابـــد من تعيين حصـــــة كل منهم فى هذا المـــــال ، النصف أو الربع أو الخمس أو غير ذلك • وتتعين حصـــــص الملاك فى الشيوع عادة عند بدء الشيوع تبعا لمصدره ، فان كان ميراثا عين القانون

= شىء ، غير مفرزة حصة كل منهم ، فهم شركاء على الشيوع ، وتكون حصصهم متساوية ما لم يثبت غير ذلك .

(التقنين الكويتى تتفق احكامه مع التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٣٠ : مع مراعاة أحكام الحصص الميراثية لكل وارث ، اذا تملك اثنان أو أكثر شيئا بسبب من أسباب التملك دون أن تفرز حصة كل منهم فيه . فهم شركاء على الشيوع وتحسب حصص كل منهم متساوية اذا لم يقم الدليل على غير ذلك .

(والتقنين الأردنى تتفق أحكامه مع التقنين المصرى) .

(١) وكما يكون الشيوع فى حق الملكية ، يجوز كذلك أن يكون فى الحقوق العينية الأخرى . كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق . أما الحقـــوق الشخصية فالأصل فيها أن تنقسم اذا تعدد الدائنون ، ومع ذلك قد لا ينقسم الحق الشخصى فى التضامن ما بين الدائنين وفى عدم قابلية الحق للانقسام ، وقد سبق شرح كل ذلك فى نظرية الالتزام .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٦ ص ٢٨٠ — وقد صيغت الملكية الشائعة على غرار الملكية الشــائعة فى القانون الرومانى ، وهذه بدورها اتخذت الملكية الفردية أساسا لها . فالملكية الشائعة ، فى ثوبها الرومانى ، لا تعدو أن تكون وصفا (modalité) من أوصـــاف الملكية الفردية ، فيكون للشريك فى الشـــيوع حق ملكيـــة كاملة شــــاملة على حصـــة معنـــوية (quote part abstraite) من الشىء المملوك فى الشيوع ، ويحتفظ بحريته فى أن يتصرف فى هذه الحصة (كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٣٣ ص ٨٣٢) . وتجتمع ملكية الشريك مع ملكيات شركائه الآخرين فى كل ذرة من ذرات الشىء المملوك فى الشـــيوع (بلانيول وريبير وبولانجيـــه ١ فقرة ٢٧٤٤) .

حصة كل وارث ، وان كان وصية عين الموصى حصة كل موصى له ، وان كان عقدا تكفل العقد بتعيين حصة كل شريك • وقد لا تتعين الحصص ، كأن يشترى عدة أشخاص مالا على الشيوع دون أن يبينوا حصة كل منهم فيما اشتروه ، فعند ذلك تكون الحصص متساوية ، ما دام لم يقم دليل على غير ذلك (١) •

بقى أن نحدد الطبيعة القانونية للملكية الشائعة • ويحسن فى هذا الصدد أن نبين أن الملكية اما أن تكون ملكية فردية (propriété individuelle) ، أو ملكية جماعية (propriété collective) • فالملكية الفردية هى التى يكون المالك فيها فردا ، ولو كان هذا الفرد شخصا اعتباريا أى مجموعا من الناس متمتعا بالشخصية الاعتبارية • والملكية الجماعية ، وبوجه خاص ملكية اليد المشتركة (propriété en main commune, Gesammte Hand) وهى الملكية الجرمانية ، فقد قدمنا (٢) ، أن المالك فيها يكون جماعة من الناس دون أن تتمتع هذه الجماعة بالشخصية المعنوية • فهل الملكية الشائعة هى حق ملكية ، وان كانت فهل هى حق ملكية فردية أو حق ملكية جماعية ؟

لا شك فى أن الملكية الشائعة هى حق ملكية ، فهى تشتمل على جميع عناصر الملكية ، وللمالك فى الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف • ونصوص التقنين المدنى صريحة فى هذا المعنى • فمن

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتحدد حصص الشركاء عند الشيوع ، فاذا لم يكن هناك تجديد ، أو كان هناك شك فى التحديد ، حسبت الحصص متساوية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٩) .

وقد قضت محكمة النقض بانه متى كانت حصص كل من الشركاء فى المحل التجارى لم تفرز فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية اذا لم تر المحكمة دليلا مقنعا على غير ذلك عملا بحكم المادة ٨٢٥ من القانون المدنى الجديد والتى قننت — على ما أوضحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون المذكور — ما كان معمولا به أثناء سريان القانون المدنى القديم (نقض مدنى فى ٨ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٥ صفحة ٢٤) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٨٢ فى الهامش .

جهة رأينا أن المادة ٨٢٥ مدنى ، وهى فى صدد التعريف بالملكية الشائعة ، تقول : « اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا .. » ، فهى تصف صراحة أصحاب الملكية الشائعة بأنهم يملكون الشىء الشائع ، أى أن حقهم فيه هو حق ملكية . ومن جهة أخرى سنرى أن المادة ١/٨٢٦ مدنى تجمع بين يدى المالك فى الشيوع جميع عناصر الملكية من استعمال واستغلال وتصرف فتقول : « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » (١) .

---

(١) ويذهب بعض الفقهاء الى ان الملكية فى الشيوع ليست بحق ملكية ، بل هى حق عينى من نوع خاص (sui generis) انظر فى هذا المعنى Siesse فى الشيوع الوراثى فى القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — Ionasco فى الشيوع فى المال رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ — مارتى ورينو فقرة ٥٩ .

ووجه الاعتراض الرئيسى على ان الملكية فى الشيوع هى حق ملكية يتلخص فى ان حق الشريك فى الشيوع مقيد بحقوق الشركاء الآخرين ، وان من طبيعة الملكية الاستئثار ، وهنا لا يستأثر الشريك فى الشيوع بالشىء بل يشاركه فيه آخرون . ويمكن دفع هذا الاعتراض بأن الاستئثار هنا أيضا واقع ، والذى يستأثر بالشىء الشائع هو كل شريك ، ولكن لا فى وجه الشركاء الآخرين ، بل فى وجه الغير ، اى فى وجه كل شخص ليس شريكا فى الشىء الشائع (انظر اسماعيل غانم فقرة ٨٦ ص ١٩٨) . وليس حق الشريك فى الشيوع الا حق ملكية مقيدا بحقوق الشركاء الآخرين (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٤٨) .

وقد انعقد الاجماع فى الفقه المصرى على ان حق الشريك فى الشيوع هو حق ملكية (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٥٩ — شفيق شحاته فقرة ١٣٣ وفقرة ١٣٥ — محمد على عرفة فقرة ٢٨٦ ص ٣٧٨ — ص ٣٧٩ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٠٧ وفقرة ١١٠ — اسماعيل غانم فقرة ٨٦ — حسن كيرة فقرة ١٠٤ ص ٣٤١ — ص ٣٤٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٤ ص ١٨٦ — ص ١٨٧ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٤ ص ١٢٩ — ص ١٣١ ولكن قارن مقالا له فى تحليل اثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٠٤ — ص ١٠٥ حيث يذهب الى اعتبار حق الشريك فى الشيوع حق ملكية من نوع خاص هو « ملكية شائعة ») .

ويترتب على أن حق الشريك فى الشيوع هو حق ملكية ، انه اذا خصص هذا الشريك منقولا مملوكا له لخدمة العقار الشائع ، فان هذا المنقول يصبح عقارا بالتخصيص ، اذ أن الشريك فى العقار الشائع هو مالك لهذا العقار ، =

يبقى أن نعرف هل الملكيـــة الشائعة هى حق ملكيـــة فردية أو حق ملكية جماعية ؟ تجيب المذكرة الايضـــاحية للمشروع التمهيدى على هذا السـؤال بما يأتى : « عرفت المادة .. الملكيـــة الشـــائعة ، ويتبين من التعريف أن هذه الملكية وســط بين الملكيـــة المفرزة والملكية المشـــتركة (الجماعية) . فالحصة التى يملكها الشريك فى الشيوع شـــائعة فى كل المال لا تتركز فى جانب منه بالذات ، وهذا ما يميز الملكية الشـــائعة عن الملكية المفرزة . والشىء المملوك فى الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصته فيه ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (الجماعية) » (١) .

واذا كان صحيحا أن الملكية الشائعة هى وسط بين الملكية المفرزة والملكية الجماعية ، فانه يبقى أن نعرف هل طبيعة الملكية الشائعة هى من طبيعة الملكية المفرزة أو من طبيعة الملكية الجماعية ؟ يجب بادىء ذى بدء أن نبرز الفرق واضـــحا بين طبيعة الملكية الشـــائعة وطبيعة الملكيـــة الجماعية . فالملكية الجماعية (propriétié collective) هى ملكية مشـــتركة لا ملكية فردية ، لأن المالك فيها هو كما قدمنا جماعة من الناس لا يملك أى واحد منهم بمفرده لا الشىء المملوك ولا أية حصـــة فيه ، بل الكل يملكون مجتمعين — دون أن تكون لهم شـــخصية معنوية — كل الشىء المملوك . أما الملكية الشائعة فهى ملكية فردية لا ملكية مشـــتركة ، لأن كل شريك فى الشيوع يملك ملكية فردية حصته فى المال الشائع ، وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة (٢) .

= فتوافر بذلك شرط اتحاد المالك (أنظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٨٦ ص ٢٠١ هامش ١ ، وقد ناقش فى هذا الصدد حكم محكمة النقض الصادر فى ١٠ فبراير ســـنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٤ ص ٦٣٩ — وانظر فى أن المنقول يصبح فى هذه الحالة عقارا بالتخصيص تحت شرط فاسخ آنفا فقرة ١٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٨ — ص ٧٩ .

(٢) واذا كانت الملكية الشـائعة تنصب على كل المال الشـائع ، فان حق كل مالك فى الشيوع ينصب على حصته الشـائعة . فالحصة الشـائعة ، =

فالملكية الشائعة لا تشترك اذن فى طبيعتها مع الملكية الجماعية ، بل هى تشـــترك فى الطبيعة مع الملكيـــة المفرزة ، اذ أن كلا من الملكيـــة الشائعة (propriété indivise) والملكية المفرزة (propriété divise) ملكية فردية (propriété individuelle).

وخلاصـــة ما قدمناه أن الملكية اما أن تكون ملكية فردية أو ملكية جماعية ، والملكية الفردية اما أن تكون ملكية مفرزة أو ملكية شـــائعة. ومن ثم تكون الملكية الشائعة هى حق ملكية حقيقية ، وهى أحد نوعى الملكية الفردية .

= لا كل المال الشائع ، هى محل حق الشريك فى الشيوع . وقد ابرزت محكمة النقض ما للحصـــة الشائعة من كيان ذاتى يجعلهـــا تتميز عن مجموع المال الشائع ، فقالت : « انه وان كانت الملكية الشـــائعة تسرى بقدرها الى كل اجزاء المال المشـــاع ، فان ذلك لا يمحو ما لكل حصة فيه من كيان ذاتى ، فتكون فى كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها الى حصول القسمة ، وحينئذ تصير متميزة بالفعل . ذلك ان الحصة الشـــائعة ، وان لم تكن فى العيان متميزة حالا ، فانها متميزة بالقسمة مآلا ، وبموجب ما للقسمة من اثر رجعى كاشف تكون فى نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر . فاذا قضى حكم برفض دعوى تثبيت ملكية أرض اشتراها المدعى ، مؤسسا ذلك على بطلان عقد البيع الصادر اليه نتيجة سبق الحكم ببطلان عقد تمليك البائع الأصلى ، فى حين أن هذا البائع كان قد تملك بعقد البيع الصادر منه حصـــة شائعة فى جملة الأطيان يمكن أن تخرج منهـــا الحصـــة المبيعة ، فلا مخـــالفة فى ذلك للقانون . اذ ان ما باعه البائع الأصلى وآل اخيرا الى المدعى ، وان كان قدرا شـــائعا فى جملة الأطيـــان ، فانه قدر معين بذاته متميز عن غيره بكونه هو ما اشتراه هذا البائع من أحد الورثة ، وقضى بابطال البيع الصـــادر له فى خصوصـــه . فهو لذلك يختلف عن القدر الشـائع الذى تملكه البائع المذكور فيما بعد بالشراء من مالك آخر مشتاع » (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى فى خمســـة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٩٩١) . انظر اســـماعيل غانم فقرة ١٣١ ص ٣٠٢ هامش ٢ ، وهو ينتقد الحكم لاعماله الاثر الرجعى فى غير موضعه .

ونحن نذهب الى أبعد مما ذهب اليه الحكم ، اذ يجب فى نظرنا التمييز ، لا فحسب بين حصة شـــائعة وحصة شائعة اخرى ، بل ايضا بين حصة شائعة والجزء المفرز الذى آلت اليه هذه الحصة الشائعة بالقسمة ، فيحل الجزء المفرز حلولا عينيا محل الحصة الشائعة فى التصرفات التى وقعت من قبل على الحصة الشائعة (انظر ما يلى فقرة ٥١٣ وفقرة ٥١٤ فى الهامش وانظر م ١٠٣٥/٢ مدنى) .

٤٨٦ — مصادر الشيوع وأحكامه وأسباب انقضائه — نص قانوني :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢٦ مدني على ما يأتي :

« كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء (١) » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ١/٧٨١ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ١/٨٣٥ — وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٠٦١/٢ و ٣ — وفي قانون الملكية العقارية اللبناني المادة ٢٣ ثم المادة ٨٣٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني — وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٨١٩ — وفي التقنين المدني الأردني المادة ١٠٣١/١ (٣) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١١٩٤/١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١/٨٩٧ في المشروع النهائي ، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٨٩٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٨٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٠ — ص ٨٣) .

(٢) ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدني السوري م ١/٧٨١ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٨٣٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٦١/٢ و ٣ : ٢ — وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما ، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إذنهم . ٣ — ويجوز للشريك في الشيوع أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه . (وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٣ : يتصرف كل شريك بملء الحرية بحقوقه في العقار ، وله أن يتفرغ عنه لشخص آخر أو أن يجرى عليه =

ويتبين من النص سالف الذكر أن الملكية الشائعة هى حق ملك تام ، فهى ملكية فردية كما قدمنا ، شأنها فى ذلك شأن الملكية المفرزة .

ومصادر الملكية الشائعة هى نفس أسباب كسب الملكية ، التى سنبحثها تفصيلا فى الجزء التاسع من الوسيط . وأهم هذه الأسباب ، بالنسبة الى الملكية الشائعة ، هو الميراث ، فأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين ، فتنتقل اليهم أمواله شائعة . وقد يكون مصدر الشيوع الوصية ، كما اذا أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوع . وقد يكون مصدر الشيوع العقد ، كما اذا اشترى شخصان مالا على الشيوع ، أو كما اذا باع مالك الدار نصف داره فى الشيوع (١) . وقد يكون مصدر الشيوع أى سبب آخر من أسباب

= تأمينا ، بدون أذن من شركائه بالشيوع . ولكن لايحق له ان يرهن حصته ، هذا وقد نسخ هذا النص بالمادة ٨٣٧ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، وتجرى على الوجه الآتى : لكل شريك حصة شائعة فى ملكية الشىء المشترك وفى منتجاته ، ويجوز له أن يبيع تلك الحصة او يتفرغ عنها او يرهنها ، وان ينيب غيره عنه فى التمتع بها ، وان يتصرف فيها على اى وجه آخر ، سواء أكان ببدل أم بلا بدل ، الا اذا كان لا يملك سوى حق مختص بشخصه .
(وأحكام القانون اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨١٩ : ١ — لكل شريك الحق فى استعمال الشىء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة حقوق شركائه . ٢ — وله أن يتصرف فى حصته الشائعة .
(والتقنين المدنى الكويتى تتفق احكامه مع التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ١/١٠٣١ : ١ — لكل واحد من الشركاء فى الملك أن يتصرف فى حصته كيف شاء دون اذن من باقى شركائه بشرط الا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء .
(وأحكام التقنين الأردنى تتفق فى مجموعها مع احكام التقنين المصرى) .

(١) واذا كان العقد شركة تتمتع بالشخصية المعنوية ، فما دامت هذه الشخصية المعنوية قائمة فالمال غير شائع وهو مملوك ملكية مفرزة للشركة . فاذا انحلت الشركة وصفيت ، أصبحت أموالها مملوكة على الشيوع للشركاء .

ونرى من ذلك أنه يجب تمييز الشيوع عن الشخصية المعنوية ، فاذا كان المال شائعا بين اثنين فكل منهما يملك حصته شائعة فى المال ، أما اذ كان المال مملوكا لشخص معنوى كشركة فالمال كله مملوك لهذا الشخص =

كسب الملكية ، كالاستيلاء والالتصاق والشفعة والتقادم (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحيازة فى عنصرها المادى تقتضى

= المعنوى ، وليس لأحد من الشركاء فى الشركة حق عينى فيه ، كذلك يجب تمييز الشيوع عن تقابل حقين مختلفين فى الشىء الواحد ، فقد تكون رقبة الشىء لشخص وحق الانتفاع بها لشخص آخر ، فلا يعتبر مالك الرقبةوصاحب حق الانتفاع فى شيوع بينهما، لأن لكل منهما حقا يختلف عن الحق الذى للآخر .

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ومصدر الشيوع قد يكون العقد ، كما اذا اشترى شخصان مالا على الشيوع . وقد يكون الوصية ، كما اذا أوصى شخص لاثنين بمال على الشيوع . وقد يكون أى سبب آخر من أسباب كسب الملكية ، واكثر الأسباب انتشارا هو الميراث فان الورثة تتوزع حصصهم شائعة فى التركة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٩) .

وفيما يتعلق بكسب الملكية الشائعة بالتقادم ، قضت محكمة النقض بان الحصة الشائعة فى عقار كالنصيب المفرز فيه ، من حيث ان كليهما يصح ان يكون محلا لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والانفراد ، ولا فارق بين الاثنين الا من حيث ان حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست عيبا فى ذاتها ، وانما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وابهام . فاذا اتفق المشتاعون ، ووقف كل منهم فى ممارسته لحيازته عند حد حصته مراعيا حصة غيره ، كما اذا اغتصب اثنان فأكثر عقارا وحازوه شائعا بينهم ، جاعلين لكل منهم حصته فيه ، جاز أن يتملكوه بالتقادم ، سواء اشتركوا فى حيازته المادية أو ناب فى هذه الحيازة بعضهم عن بعض (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٨ ص ١٩٣) — وانظر فى امكان استئثار احد الشركاء فى الشيوع بحيازة المال كله فى مواجهة باقى الشركاء ، وتملكه اياه بالتقادم اذا لم يشب الغموض حيازة الشريك : استئناف مصر ٢٣ ابريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ — وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بانه ليس فى القانون ما يحرم على وارث أن يتملك بالتقادم نصيب الوارثين معه ، فهو فى ذلك كأى شخص اجنبى عن التركة يتملك متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة فى القانون (نقض مدنى ٢٤ اكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٩٧ ص ٤٤٥) . على أن حكما لمحكمة استئناف مصر ذهب الى أن وضع يد الوارث على عين مشتركة بينه وبين بقية الورثة يحصل منه بصفته شريكا فى العين على الشيوع لا ممتلكا لها ، بما أن المالك فى الشيوع يملك فى كل جزئية من جزئيات العين المشتركة ، أو هو على الأقل وضع يد غامض ومن اركان وضع اليد للتملك أن يكون غير غامض . فوضع يد الوارث أو أى شريك على الشيوع ، مهما بلغت مدته ، غير مكسب للملكية (استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٧ ص ٤٠) . وانظر فى هذه المسألة محمد على عرفة فقرة ٢٩١ — اسماعيل غانم فقرة ٦٦ .

السيطرة الفعلية على الشيء الذى يجوز التعامل فيه ، وهى فى عنصرها المعنوى تستلزم نية اكتســـاب حق على هذا الشيء • ولما كانت الملكية الشائعة لا تنصب الا على حصة شائعة فى أجزاء المال المشترك الى أن تتميز بالفعل عند حصول القسمة ، فان هذه الحصـــة يصـــح — وعلى ما جرى به قضـــاء محكمة النقض — أن يكون محلا لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والانفراد بنية امتلاكهـــا • ولا يحول دون ذلك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقار بما تؤدى الى المخـــالطه بينهما لان هذه المخالطة ليست عيبا فى ذاتها وانما العيب فيما ينشـــأ عنها من غموض أو ابهام وأنه اذا اســـتقرت الحيازة على مناهضـــة حق المالك ومناقضـــته بما لا يترك مجالا لشبهة الغموض أو مظنة التســـامح فأن الحيازة تصلح عندئذ لتملك الحصة الشائعة بالتقادم (١) •

كما قضت محكمة النقض بأن الحصة الشـــائعة كالنصـــيب المفرز يصح كلاهما — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن يكون محلا لأن يحوزه حائزه على وجه التخصـــيص والانفراد ولا فارق بينهمـــا الا من حيث أن الحائز للنصيب المفرز يكون يده بريئة من المخـــالطة • أما حائز الحصة الشـــائعة فيده بحكم الشـــيوع تخـــالط يد غيره من المشتاعين • وليست هذه المخالطة عيبا فى ذاتها • وانما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وابهام • فاذا انتفت واستقرت الحيازة عـــلى مناهضة حق باقى المالكين ومناقضتهم بما لا يترك مجالا لشـــبهة الغموض أو

---

(١) نقض مدنى فى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٤٧ صفحة ٣٠٦ •

كما قضت محكمة النقض بأن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه وان كان ليس ثمة ما يحول دون الشريك فى العقار الشـــائع ان يكسب بالتقادم ملكية حصة أحد شركائه المشتاعين الا ان ذلك مشروط بأن يكون قد استطاع أن يحوز هذه الحصة حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض أو الخفاء أو مظنه التسامح (نقض مدنى فى ٢٣ ابريل سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ٢٢٨ صفحة ١٢٣٨) •

مظنة التسامح ، فأن الحيازة تصلح عندئذ لان تكون أساسا لتملك الحصة الشائعة بالتقادم (١) .

أما أحكام الشيوع ، فمنها ما يشترك فيه مع الملكية المفرزة : وهذه قد سبق بيانها . وأهم هذه الأحكام المشتركة هو ما تقرر للمالك على ملكه من حق استعمال وحق استغلال وحق تصرف . فالمالك على الشيوع ، كما يقول النص سالف الذكر ، « يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « الملكية فى الشيوع كالملكية المفرزة تشتمل على عناصر ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف . الا أن الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الآخرين (٢) ، فالمالك فى الشيوع له أن يستعمل حقه وأن يستغله بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر

---

(١) نقض مدنى فى ٩ يونية سنة ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ١٦٠ صفحة ٩٩٨ — ونقض مدنى فى ٢١ مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٨٧ صفحة ٥٨٠) .

كما قضت محكمة النقض بأنه من المقرر ان الحصة الشائعة يصح أن تكون محلا لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والانفرادية بنية امتلاكها : ولا يحول دون ذلك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقار بما يؤدى الى المخالطة بينهما ، لان هذه المخالطة ليست عيبا فى ذاتها ، وانما العيب فيما ينشأ عنها من غموض أو ابهام ، فاذا استطاع الشريك فى العقار الشائع ان يحوز حصة احد شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق المالك بها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح ، واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع من خمس عشرة سنة ، فانه يكتسب ملكيتها بالتقادم . (نقض مدنى فى ١٩ مايو سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٢٨ صفحة ٨٦٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمار التى تنتج من المال الشائع اثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم ، وللشريك على الشيوع أن يرجع بريع حصته على الشركاء الذين يضعون اليد على ما يزيد عن حصتهم كل بقدر نصيبه فى هذه الزيادة (نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٣٦ صفحة ١٣٢٤ نقض مدنى فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ رقم ١٧٨ صفحة ٩٩٠) .

الشركاء (١) • أما حق المالك المشتاع فى التصرف فحق المالك ملكية مفرزة ، على أن يقع تصرفه على حصته الشائعة ، فيستطيع أن يبيع هذه الحصة وأن يهبها ، وأن يرهنها رهنا رسميا أو رهن حيازة » (٢) • ومن ذلك نرى أن المال الشائع ، كالمال المفرز ، يباشر عليه المالك فى الشيوع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف (٣) • ولكنه يختلف عن المال المفرز فى أن حق المالك فى الشيوع مقيد بحقوق سائر الشركاء • وهذا هو ما يجعل للمال الشائع أحكاما خاصة به ، فى ادارته لاستعماله واستغلاله ، وفى التصرف فيه •

وقد قضت محكمة النقض بأن تصرف الشريك فى مقدار شائع يزيد على حصته ، لا ينفذ فى حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بالقدر الزائد على حصة الشريك المتصرف ويحق لهم أن يرفعوا دعوى بتثبيت

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك على الشيوع طبقا للمادة ٨٢٦ من القانون المدنى ان يتصرف فى حصته وان يستولى على ثمارها وان يستعملها ، الا انه لما كان ذلك مشروطا بألا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص الى ان مورث الطرفين كان يتخذ من عين النزاع مركزا لادارة اعماله وامواله ، وانها ظلت فى حيازته حتى وفاته ، وأن حيازتها انتقلت بوفاته الى جميع الورثة ، وأن أموال الشركة اذ وضعت تحت الحراسة القضائية فقد تعين الابقاء على عين النزاع مقرا لادارتها ، ورتب على ذلك ان فى اتخاذ الطاعن منهما مقرا لأعماله اضرارا بحقوق باقى الورثة ، فانه يكون صحيحا فيما قضى به من طرد الطاعن من عين النزاع (نقض مدنى فى ٧ فبراير سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العقود ١ صفحة ٤٩٦) •

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨١ •

(٣) والمادة ٨٢٦ مدنى تقول ، كما رأينا ، ان الشريك فى الشيوع انما يستعمل ويستغل ويتصرف فى حصته الشائعة . وقد اخذ على صياغة النص « أن الاستعمال والاستغلال يردان على الشىء الشائع ذاته ، لا على الحصة الشائعة فيه » (اسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٥ هامش ١) . واذا كان الاستعمال لا يرد على الحصة الشائعة الا تجوزا ويكون معناه الانتفاع ، فان الاستغلال يرد على الحصة الشائعة كما يرد على الشىء الشائع . وانما أريد ، فى نص المادة ٨٢٦ مدنى ، أن يبرز ما للشريك فى الشيوع من حق ملكية تامة على حصته الشائعة ، بما تشتمل عليه الملكية من عناصرها الثلاث ، التصرف والاستغلال والاستعمال •

ملكيتهم وعدم نفاذ البيع فيما زاد على حصة الشريك البائع دون انتظار نتيجة القسمة (١) .

بقيت أسباب انقضاء الشيوع . والشيوع يكون عادة حالة موقتة مصيرها الى الانقضاء والزوال ، وان كانت تدوم فى بعض الأحوال مدة طويلة كما يقع ذلك كثيرا فى مصر . وينقضى الشيوع بأسباب مختلفة . نذكر منها العقد المنهى للملكية ، فقد يبيع أحد المالكين فى الشيوع حصته الشائعة للمالك الآخر ، أو يبيع المالكان معا المال الشائع لمشتر واحد ، فينقضى الشيوع ، وتصبح الملكية مفرزة فى يد المالك الآخر فى الحالة الأولى ، وفى يد المشترى للمال الشائع فى الحالة الثانية . وقد يكون الميراث سببا لانقضاء الشيوع ، بأن يرث أحد المالكين فى الشيوع المالك الآخر . والوصية كالميراث قد ينقضى بها الشيوع ، بأن يوصى أحد المالكين فى الشيوع للمالك الآخر بحصته الشائعة (٢) . ولكن هذه

---

(١) نقض مدنى فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٦٣ صفحة ١٣٨٨) .

(٢) وقد ينقضى الشيوع بالتقادم المكسب ، بأن يحوز أحد الشريكين المال الشائع كله على انه ملكه وحده فيكسبه بالتقادم . وهنا يجب التحرز من عيب الغموض ، فان الشريك اذا حاز المال الشائع قد يكون نائبا عن شريكه الآخر ، ولذلك يجب أن تظهر نية الاستئثار بالشىء عند الشريك واضع اليد (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٩٧ ص ٤٤٥ — ٤ ابريل سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ — استئناف مصر ٢٣ ابريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص ٩٨٨ — ٦ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٠٧ ص ٢٣٧ — ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣٠٠ ص ٧٧٥ — شبين الكوم الكلية ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٦٧ ص ٧٠١ — عكس ذلك استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٧ ص ٤٠ — وانظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا استقرت الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى على مناهضة حق المالك على الشيوع ومناقضته بما لا يترك مجالا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح ، فان الحيازة تصلح عندئذ لتملك الحصة الشائعة بالتقادم (نقض مدنى فى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ رقم ٤٧ صفحة ٣٠٦) .

كما قضت محكمة النقض بأنه ليس فى القانون ما يمنع الشريك فى العقار الشائع من أن يكسب بالتقادم ملكية حصة أحد شركائه المشتاعين اذا =

الأسباب كلها أسباب عارضة ، ولا يقصد منها فى الأصل انهاء الشيوع ، وان انقضى الشيوع بها فعلا . أما السبب الرئيسى لانقضاء الشيوع ، السبب الذى يقصد به أصلا ومباشرة انهاء هذه الحالة ، فهو القسمة (١) . لذلك نقف من أسباب انقضاء الشيوع عند القسمة دون غيرها .

ومن ثم يخلص لنا ، كأحكام تختص بها الملكية الشائعة ، الموضوعات الآتية : ١ — ادارة المال الشائع . ٢ — التصرف فى المال الشائع . ٣ — قسمة المال الشائع .

الفرع الأول

ادارة المال الشائع

٤٨٧ — الادارة المعتادة والادارة غير المعتادة :

رأينا (٢) أن التقنين المدنى وقف بوجه خاص عند ادارة المال الشائع ، حتى يزيل ما يصيب أغلبية الشركاء من العنت بسبب تحكم الأقلية . وقد ميز التقنين المدنى ، فى هذا الصدد ، بين أعمال الادارة المعتادة والأعمال التى تخرج عن حدود الادارة المعتادة .

= استطاع أن يحوز هذه الحصة حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا تترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة (نقض مدنى فى ٢١ مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض السنة ١٩ رقم ٨٧ صفحة ٥٨٠) .

(١) وتنص المادة ٨٣٩ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : « ان شركة الملك أو شبه الشركة تنتهى : أولا — بهلاك جميع الملك المشترك . ثانيا — بتفرغ الشركاء عن حصصهم لأحدهم أو بتركها له . ثالثا — بالقسمة » .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٨٤ .

المبحث الثــــانى

الادارة المعتـــادة

٤٨٨ — حفظ المال الشائع — نص قانونى :

تنص المادة ٨٣٠ مدنى على ما يأتى :

« لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوســـائل ما يلزم لحفظ الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٢) .

ويقابل النص فى التقنيات المدنية العربية الاخرى : فى التقنيـــن المدنى السورى المادة ٧٨٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٣٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المواد ١٠٦٦ و ١٠٦٨ و ١٠٦٩ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٨٣١ — وفى التقنين المدنى الكـــويتى المادة ٨٢٥ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٣٦ (٣) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠١ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٠ — ص ٩١) .

(٢) لا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص (انظر استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩١) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٨٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٦ (مطابق) .

م ١٠٦٨ : ١ — اذا احتاج الملك الشائع الى مرمة او عمارة ، يعمره اصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم . ٢ — واذا كان بعض الشركاء غائبا، او ابى بعضهم الترميم او التعمير ورغب بعضهم فيه ، جاز للراغب أن يقوم بالترميم او التعمير باذن من المحكمة ، ويرجع على شركائه بقدر حصصهم .

م ١٠٦٩ : اذا انهدمت العين الشائعة كليا واراد بعض الشركاء عمارتها وابى الآخرون ، فلا يجبر الآبى على العمارة . =

وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصـــدد : « أما حفظ المال الشائع فهو من حق كل شريك ، وله أن يتخذ من الوسائل مايلزم لذلك : كالترميم والصيانة ورفع دعاوى الحيازة . والشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد الفضالة اذا لم يوافق الشركاء الاخرون على عمله » (١) .

فأعمال الحفظ التى يصح أن يقوم بها كل شريك فى الشيوع منفردا دون حاجة الى موافقة باقى الشركاء قد تكون أعمالا مادية . مثل ذلك صيانة المال الشائع ، وترميمه اذا احتاج الى ترميم ، وتحويطه بسياج أو بسور اذا كان حفظه يقتضى ذلك ، وتسجيل سند ملكيته اذا كان هذا السند فى حاجة الى التسجيل ، وجنى الثمار قبل أن تتلف . وقد تكـــون تصرفات قانونية أو اتخاذ اجراءات أو رفع دعاوى ، مثل ذلك قطـــع التقادم اذا كان المال الشائع فى حيازة أجنبى بنية تملكه بالتقـــادم المكسب ، ورفع دعاوى الحيازة اذا كان هناك وجه لذلك . ورفع دعوى الاستحقاق اذا كان المال الشائع فى يد مغتصب أو فى يد أى حائز آخر ، ودعوى تعيين الحدود اذا قامت الحاجة الى تعيين حدود المال الشائع ،

= **قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٣١** : يجب على كل شريك ان يسهر على صيانة الشىء المشترك ، كما يسهر على اشيائه الخاصة .

(والتقنين اللبنانى اورد فى صورة التزام ما اورده التقنين المصرى فى صورة حق) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٢٥ : لكل شريك الحق فى ان يتخـــذ من الوسائل مايلزم لحفظ الشىء الشائع ، وذلك دون حاجـــة لموافقة باقى الشركاء .

(والنص فى التقنين الكويتى مطابق تقريبا لمثيله بالتقنين المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ١٠٣٦ : لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل مايحفظ المال المشترك ولوكان ذلك بغير موافقـــة باقى الشركاء .

(والنص فى التقنين الأردنى يكاد يكون مطابقا لنص التقنين المصرى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥ .

ودفع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة حتى لا يتعرض المال الشائع للحجز عليه ، وتسديد أقساط الديون المضمونة برهن أو باختصاص أو بامتياز ودفع فوائد هذه الديون حتى لا يكون المال الشائع عرضة للتنفيذ عليه تنفيذا جبريا .

وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى سد المطلات المفتوحة بغير حق على المال الشائع من قبيل الوسائل اللازمة لحفظه التي يملك كل شريك على الشيوع مباشرتها ولوكان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء، عملا بنص المادة ٨٣٠ من القانون المدني (١) .

والشريك في الشيوع ، في قيامه بأعمال الحفظ على النحو المتقدم، يعتبر أصيلا عن نفسه . ثم هو وكيل عن سائر الشركاء ، اذا لم يعترض أحد منهم على عمله . فيرجع عليهم بدعوى الوكالة . فاذا تمت أعمال الحفظ دون علم من سائر الشركاء اعتبر فضوليا بالنسبة اليهم . لأن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأنا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لايمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر (م ١٨٩ مدني) ، فيرجع للشريك بدعوى الفضالة (٢) . أما اذا اعترض باقي الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم، فانه يرجع عليهم بدعوى الاثراء بلا سبب . وهناك رأي يقول بأن الشريك يعتبر في جميع هذه الأحوال نائبا عن شركائه نيابة قانونية في القيام بأعمال الحفظ ، فيرجع عليهم دائما بدعوى النيابة (٣) .

---

(١) نقض مدني في ١٥ يناير سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ رقم ٤٢ صفحة ٢٠٧ .

(٢) محمد كامل مرسي ٢ فقرة ٦٥ — محمد علي عرفة فقرة ٢٩٧ .

(٣) شفيق شحاتة فقرة ٤٦ ص ١٦٨ وهامش ٢ — عبد المنعم البدراوي فقرة ١٢١ ص ١٥١ هامش ١ — حسن كيرة فقرة ١٠٨ ص ٣٥٧ هامش ١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٩ — وقرب منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ١٤٥ هامش ٢ .

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يضيق بما اذا كانت اعمال الحفظ اعمالا مادية ، فأن النيابة لاتكون الا في التصرفات القانونية (انظر اسماعيل غانم =

٤٨٩ — نفقات الحفظ والادارة وسائر التكاليف — نص قانوني :

تنص المادة ٨٣١ مدني على ما يأتي :

« نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال ، يتحملها جميع الشركاء ، كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك »(١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٢) .

= فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هامش ١) — وهناك رأى يذهب الى تأسيس المادة ٨٣٠ مدنى على مجرد أن للشريك حقا يرد على الشيء كله يخوله القيام بكل الأعمال التى لا تمس حقوق الشركاء الآخرين (اسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هامش ١ — وانظر فى الرد على هذا الرأى منصور مصطفى منصور فقرة ٦٠ ص ١٤٥ هامش ٢) .

وقد جرى القضاء الفرنسى على افتراض وكالة ضمنية لأن الأعمال التى يقوم بها الشريك تتمحض لمصلحة جميع الشركاء ، أو على تطبيق قواعد الفضالة (نقض فرنسي ١٠ ابريل سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤ — ١ — ١٨٣ — باريس أول فبراير سنة ١٩١٠ تحت حكم محكمة النقض فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ١ — ٢٧٧ — وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٩ ص ٢٨٤) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان ينتهى بالعبارة الآتية : « ولكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات اذا تخلى عن حصته فى المال الشائع » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٠٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حبذ رئيس اللجنة فكرة التخلص او التخلى بشرط تنظيمها وتعيين الجهة التى يذهب اليها هذا النصيب مخافة ان يعتبر سائبة ، وخشية من أنه اذا حرم المالك على الشيوع من حق التخلى لجأ الشركاء الى التنفيذ على ملك آخر له نظير النفقات المطلوبة منه . وعورضت الفكرة برأى آخر ذهب الى أن النفقات الادارية لا يمكن ان تصل الى اكثر من قيمة رأس المال حتى تجعل الشريك يتخلى عن ملكه . ورأت اللجنة بعد المناقشة حذف العبارة الأخيرة من النص ، على أساس ان فكرة التخلص من التزام متعلق بعين عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق ، ولكن اجراء حكمها من الناحية العملية يقتضى وضع تفاصيل يحسن تجنبها ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٨٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٢ — ص ٩٤) .

(٢) ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه مجرد تطبيق القواعد العامة فكان معمولا به (استئناف وطنى ٤ فبراير سنة ١٩١٣ =

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٨٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٤٠ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٦٧ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٨٣٢ ، ٨٣٣ و ٨٣٤ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٢٦ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٣٧ (١) .

= المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٩ ص ٩٣ — استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٥٠ — ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩١ — ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٨٦ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٧ (مطابق فيما عدا خلو التقنين العراقى من العبارة الأخيرة فى النص المصرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٢ : يحق لكل شريك أن يجبر بقية الشركاء على تقديم ما يناسب حصصهم من النفقات الضرورية لصيانة الشيء المشترك وابقائه صالحا للاستعمال الذى اعد له — على ان كلا منهم يستطيع أن يكون فى حل من هذا الواجب : أولا — ببيع حصته مع الاحتفاظ بحق الأولوية المختص بالشيوع للشريك الذى قام بالنفقة أو عرض أن يقوم بها . ثانيا — بأن يترك للشريك المشار اليه حق التمتع بالشيء المشترك مع منتجاته الى أن يسترد ما دفعه لحساب الشركاء . ثالثا — بطلب القسمة اذا كانت مستطاعة — أما اذا كانت النفقة قد دفعت ، فيلزم الشركاء بها على نسبة حصصهم .

م ٨٣٣ : كل شريك ملزم تجاه الآخرين بتحمل أعباء الشيء المشترك ونفقات الادارة والاستثمار — ويعين نصيب كل شريك من تلك الأعباء والنفقات بحسب حصته فى ذلك الشيء .

م ٨٣٤ : ان النفقات النافعة والنفقات الكمالية التى يقوم بها احد الشركاء لا تخوله الحق فى مطالبة شركائه بشيء منها ، الا اذا كانوا قد اجازوا له انفاقها صراحة أو ضمنا .

وانظر أيضا المادة ٢٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى ، وقد نسخت بالمواد السابقة .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٢٦ : نفقات حفظ المال الشائع وادارته وسائر التكاليف المقررة عليه يتحملها جميع الشركاء كل بنسبة حصته ما لم يتفق الشركاء جميعا على غيره أو يقض القانون بخلافه .

(وأحكام التقنين الكويتى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٣٧ : نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته .

(وأحكام التقنين الأردنى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

وليس هذا النص الا تطبيقا للقواعد العامة ، فكل الشركاء فى الشيوع ملاك للمال الشائع كما قدمنا ، فتنقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعا كل بقدر حصته فيه . ومن ثم تنقسم على الشركاء ، كل بقدر حصته ، نفقات حفظ المال الشائع ، وهى النفقات التى صرفت فى صيانته وترميمه ، أو تسجيل سنده ، او تحويطه بسور ، أو جنى ثماره قبل التلف ، أو قطع التقادم ، أو تعيين الحدود ، أو مصروفات الدعاوى التى رفعت لحفظ المال الشائع ، أو غير ذلك من نفقات الحفظ التى سبق ذكرها . كذلك تنقسم على الشركاء ، كل بقدر حصته ، نفقات ادارة المال الشائع ، والضرائب المفروضة عليه ، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع كنفقة اصلاح الحائط المشترك او تجديده (م ٨١٤ / ٢ مدنى) ، او المقررة على المال كفوائد الديون وأقساطها (١) . وكل ذلك ما لم يتفق الشركاء على نسبة أخرى ، فتتحمل مثلا بالاتفاق حصة الشريك القائم بالادارة فى النفقات فى نظير قيامه بالادارة . وكل ذلك أيضا ما لم يوجد نص يقضى بغيره ، ومن امثلة ذلك ما قضت به المادة ٨١٥ / ١ مدنى من تحمل الشريك الذى يقوم بتعلية الحائط المشترك بنفقات التعليه وصيانة الجزء المعلى وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشىء عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته .

والرجوع على الشركاء فى الشيوع ، كل بقدر حصته ، يكون كما قدمنا بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو دعوى الاثراء بلا سبب (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بان دفع الشريك فى الشيوع الدين لدائن له رهن على العقار الشائع يشبه من جميع الوجوه قيام احد الشركاء بالنفقات الضرورية لحفظ المال الشائع ، فيجب ان توزع النفقات قانونا على الشركاء بنسبة حصصهم فى العقار جميعه (استئناف مصر اول مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧١ ص ٣٣٩) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تعتبر المبالغ التى يقترضها احد الشركاء لدفع الضرائب المقررة على مال شائع مقترضة لتحقيق =

ويجوز لأى من الشركاء ، للتخلص من دفع حصته فى النفقات والتكاليف ، أن يتخلى عن حصته فى المال الشائع (١) ، وهذه قاعدة عامة مقررة للتخلص من أى التزام عينى وهو الالتزام الذى يكون سببه ملكية العين (obligation réelle obligation propter rem) • قد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٣١ يتضمن نصا صريحا فى هذا المعنى ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفته اكتفاء بالقواعد العامة (٢) • ويترتب على تخلى الشريك عن حصته (abandon) أن تصبح هذه الحصة ملكا لباقى الشركاء ، كل بقدر نصيبه فى المال الشائع • وفى هذه الحالة يتحمل باقى الشركاء النفقات ، كل بقدر حصته الجديدة أى بعد اضافة حصة الشريك المتخلى الى حصصهم (٣) •

= مصلحة الشركاء جميعا ، فيتعين الحكم بصحة الحجز الذى يوقعه المقرض على المحصولات المشتركة قبل جنيها (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١) . وقضت محكمة الاسكندرية الوطنية بأن الشريك يقوم مقام شريكه الآخر بالنسبة الى مخالفات اللوائح الصحية وغير الصحية التى تقع من احدهما فى ادارة العين المشتركة ، بشرط الا يثبت أن الشريك المحكوم عليه فى مثل هذه المخالفات قد تعمد ارتكابها او أهمل عمدا فى دفعها اضرارا بشريكه الآخر (الاسكندرية الوطنية مستعجل ٣٠ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٧٤ ص ١٠٩٣) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢١ ص ٥٨٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩١ — وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٦١ ص ١٤٧ — ص ١٤٨ .

(٢) انظر آنفا نفس الفقرة ص ٨٠٧ هامش ١ .

(٣) وهى نفس النسبة قبل اضافة حصة الشريك المتخلى . هذا ويجب تسجيل سند التخلية اذا كان المال الشائع عقارا (شفيق شحاتة فقرة ١٤٨ ص ١٧٠ هامش ٢ — محمد على عرفة فقرة ٢٩٨ ص ٣٩٦ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٢ ص ١٥٢ — اسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٠) ويتخلص المتخلى بتخليه عن حصته من الالتزامات التى نشأت قبل التخلى او بعده (بنكاز ملحق بودرى ٥ فقرة ٢٠٣ — أسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠) ، بشرط أن تكون ناشئة عن الشيوع . فاذا كانت مسئولية المتخلى قد نشأت عن خطأ ارتكبه ، كأن اتلف المال الشائع ، فالتخلى لا يعفيه من المسئولية (اسماعيل غانم فقرة ٧٣ ص ١٦٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٠) .

٤٩٠ — المبدأ العام فى ادارة المال الشائع — نص قانونى :
تنص المادة ٨٢٧ مدنى على ما يأتى :

« تكـــون ادارة المال الشـــائع من حق الشركاء مجتمعين ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٨٢ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٣٦ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٦٤ / ١ — وفى قانون الموجبـــات والعقود اللبنانى المواد ٨٢٦ و ٨٢٧ و ٨٢٨ و ٨٢٩ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٢٠ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٣٣/١ (٣).

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٥أ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٧ (مجمـــوعة الأعمـــال التحضيرية ٦ ص ٨٣ — ص ٨٤) .

(٢) لامقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه يتفق مـــع القواعد العـــامة .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى .**
التقنين المدنى السورى م ٧٨٢ (مطابقا) .
التقنين المدنى الليبى م ٨٣٦ (مطابق) .
التقنين العراقى م ١٠٦٤ / ١ (مطابق) .
قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٢٦ : كل شريك يمكن ان يستعمل الشيء المشترك على نسبة ماله من الحق ، بشرط الا يستعمله على وجـــه يخالف ماهية ذلك الشيء أو الغاية المعد لها ، او يناقض مصلحة الشركة ، او على وجه يحول دون استعمال الشركاء الآخرين لحقوقهم .

م ٨٢٧ : لا يجوز لشريك ان يحدث تغييرا فى الشيء المشترك بلا رضاء شركائه الصريح او الضمنى — فان لم تراع احكام الفقرة الســـابقة تطبق القواعد الآتية : اولا : تجرى القســـمة عندما يكون الشيء قابلا للتجزئة . واذا كان الجزء الذى حدث فيه التغيير واقعا فى حصة الشريك الذى احدثه ، فلا سبيل لأى منهم الى الاعتراض . اما اذا كان التغيير واقعا فى حصـــة شريك آخر ، فيمكن هذا الشريك ان يختار اما اداء بدل التغيير واما اجبار شريكه على ارجاع الشيء الى حالته الأصلية . ثانيا — عندما يكون الشيء =

ويخلص من هذا النص أن ادارة المال الشائع هو ، فى الأصل ، حق الشركاء فى الشيوع مجتمعين ، لا ينفرد به أحد منهم • ذلك لأن لكل شريك حقا فى المال الشائع يماثل فى طبيعته حقوق الشركاء الآخرين ، فاذا استقل أحدهم بادارة المال الشائع كان فى هذا اعتداء على حقوق باقى الشركاء ، فلابد اذن من اجماعهم ، ليقرروا على أى وجه تكون ادارة المال الشائع ، هذا هو الأصل ، ولكن ترد عليه استثناءات هامة ، ترجع الى تعذر الاجماع فى أغلب الأحوال • ومن ثم نظم التقنين المدنى الجديد هذه المسألة تنظيما مفصلا ، واجه به العقبات العملية التى تحول عادة دون حسن استغلال المال الشائع ، مراعيا ما عسى أن يتفق عليه الشركاء فى شأن ادارة هذا المال • وقد كان التقنين المدنى السابق خلوا من هذا التنظيم ، فجهد القضاء فى سد هذا النقص ولكن على وجه غير كامل أمام سكوت التشريع •

والغرض الذى يهدف اليه الشركاء من ادارة المال الشائع هو بطبيعة الحال الانتفاع بالمال واقتسام ثماره فيما بينهم • فهم ملاك لهذا المال ، ولكل مالك حق استعمال الشىء واستغلاله •

. . . . .

= غير قابل للتجزئة ، يجوز للشركاء ان يجبروا محدث التغيير على اعادة الشىء الى حالته الأصلية وعلى تحمل النفقة ، مع أداء بدل العطل والضرر عند الاقتضاء •

م ٨٢٨ : عندما يكون الشىء بطبيعته غير قابل للتجزئة ، لا يحق للشريك ان يأخذ الا ما يناسب حصته من منتجاته • ويجب أن يؤجر لحساب الشركاء جميعا ، ولو عارض فى ذلك أحدهم •

م ٨٢٩ : يجب على كل شريك أن يقدم لشركائه حسابا عن كل ما استلمه زيادة على حصته فى منتجات الشىء المشترك •

وانظر ايضا المادة ٢١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى •

التقنين المدنى الكويتى م ٨٢٠ : تكون ادارة المال الشائع والتصرف فيه من حق الشركاء مجتمعين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك •

(وتتفق احكام التقنين الكويتى مع احكام التقنين المصرى) •

التقنين المدنى الأردنى م ١/١٠٣٣ : ١ — تكون ادارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يتفق على غير ذلك •

(واحكام التقنين الأردنى تتفق مع احكام التقنين المصرى) •

فاذا أمكن لكل منهم الاستئثار باستعمال الشيء الشائع ، كان له ذلك • فاذا كان هناك مثلا ترعة خاصة مملوكة على الشيوع أو مصرف خاص شائع أو بئر شائع ، جاز لأى من الشركاء أن ينتفع بالماء الشائع ، فيأخذ من الترعة أو البئر الماء الذى يروى به أرضه ، ويرسل الماء الذى يتبقى بعد الرى الى المصرف الخاص • كذلك يجوز لكل من الشركاء أن يصيد السمك فى بركة شائعة أو يصيد الطير فى أرض شائعة ، مع تنظيم يتفق عليه الشركاء يجعل حق كل منهم فى الصيد لا يتعارض مع حقوق الآخرين (١) •

كذلك يجوز لكل من الشركاء ، كما قدمنا (٢) ، أن يرفع دعاوى الحيازة اذا توافرت شروطها ، لمواجهة اعتداء من يعتدى على حيازته لحصته الشائعة ، دون حاجة الى أن يشترك معه فى ذلك سائر الشركاء المشتاعين (٣) •

وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ٨٣٠ من القانون المدنى يدل على أن لكل شريك فى الشيوع منفردا أن يقوم بأعمال الحفظ ،

---

(١) اسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٦ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٤٨٨ .

(٣) واذا وضع شريك يده على جزء مفرز من العقار الشائع ، وتوافرت فى الحيازة شروطها ، كان للشريك منع الاعتداء على حيازته بدعاوى الحيازة ، حتى لو كان هذا الاعتداء صادرا من الشركاء الآخرين (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٢٣ ص ١٠١٧ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣١ ص ٦٠ — ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٢ ص ٣٦١ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة عمر ٦ رقم ٢٠٨ ص ١٥٢٢) . وانظر محمد على عرفة فقرة ٢٩٤ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٢ — اسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٤٧ هامش ٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٥ ص ١٨٨ .

وقد قضت محكمة النقض بانه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للمالك على الشيوع اذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته ، الحق فى حماية وضع يده وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر بل كل ما له أن يطلب قسمة العقار أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع (نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٢٦ صفحة ١٣٢٤) .

لما كان ذلك وكانت الدعوى بطرد الغاصب تندرج ضـمن أعمال الحفظ التي يحق لكل شريك على الشيوع رفعها بالنسبة لكل المال الشائع دون حاجة لموافقة باقي الشركاء ، ومن ثم فاذا رفعها منفردا أحد الشركاء على الشيوع لرد بعض المال الشائع من يد مغتصبة فانه يجوز أن يقضى لذلك الشريك بطلباته برد القدر المغتصب لكل المال الشائع (١) •

ويجوز لكل من الشركاء ان يرفع دعوى الاستحقاق يسترد بها حصته الشائعة من يد الغير ، ويقصر الدعوى فى هذه الحالة على حصته الشائعة فلا يحتاج الى أن يشترك معه باقى الشركاء (٢) •

على أن كل ما قدمناه ليس فى الصميم من أعمال الادارة ، بل هى أعمال جانبية قل أن تعرض فى العمل ، أما أعمال الادارة الرئيسـية التى تقع كثيرا فى العمل ، وتهدف الى الانتفاع بالمال الشائع واستثماره ، بايجار الدار أو سكناها وايجار الأرض الزراعية أو زراعتها ، فهذه تقتضى فى الأصل اجماع الشركاء المشتاعين ، فيما عدا ما يقرره القانون من استثناء • فيمكن مثلا أن يجمع الشركاء على ايجار الدار أو الأرض ، وأن يتفقوا جميعا على شروط الايجار وعلى المستأجر • فان تم ذلك ، جرت ادارة المال الشائع على هذا الوجه باجماع الشركاء (٣) : ولكن

---

(١) نقض مدنى فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٨٣ مجموعة احـكام النقض السنة ٣٤ هامش رقم ٣٨٠ صفحة ١٩٣٦ •

(٢) نقض فرنسى ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ — ٦٤٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٣ — محمد كامل مرسى فقرة ٥٩ ص ١٠٦ •

(٣) فاذا اجر جميع الشركاء فى الشيوع المال الشائع لأجنبى أو لواحد منهم ، نفذت الاجارة فى حقهم جميعا لأية مدة ولو زادت على ثلاث سنوات . وكذلك الحكم لو اجرها واحدا أو اكثر أصلاء عن انفسهم ووكلاء عن الباقين ، او اجرها وكيل عنهم جميعا (الوسيط الجزء السادس ، الطبعة الثانيـة المنقحة ، المجلد الأول فقرة ٥٢ ص ٧٩) .

وكان القضاء ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، تيسـيرا لادارة المال الشائع ، يقضى بانه اذا اجر الشريك حصته ، ووضع المستأجر يده على جزء من الأرض المشاعة معادل لها ، فلا يقبل من الشريك الآخر ان يدعى حصول تعرض له فى وضع يده من المستأجر ، او ان يطلب استرداد حيازته منه ، وقع النزاع فى هذه الصورة لا يكون الا على طريقة الانتفاع ، وهذا محله =

قل أن يتيسر ذلك فى العمل ، لاختلاف مشـــارب الشركاء ، وتفـــاوت أغراضـــهم ، وتنوع اتجـــاهاتهم . فما يريده واحد منهم قد لا يريده الآخرون ، وقد تريد أغلبيتهم شيئا وتقف الأقلية حائلا دون ما تريده الأغلبية (١) .

لم يبق لمواجهة هذا الوضع الغالب الا أحد أمرين :

١ — اما أن يقتســم الشركاء المال الشـــائع بينهم ، ما داموا فى

= دعوى محاسبة او قسمة (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٩٩٢) . وقضى ايضا بأنه اذا كان احد الشركاء على الشـــيوع واضـــعا يده على جزء معين تســـهيلا لطريقة الانتفاع ، فهو يمتلك فى هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه فى المجموع ، ويكون انتفاعه بالباقى مستمدا من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبـــادل فى المنفعة . وليس من حق احد الشركاء أن ينتزع منه الأرض بحجة انه معادل له فى الحقوق على الأرض ، بل كل ما لهـ ان لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو أراد العدول عنها — ان يطلب قسمة الأرض او يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع . فاذا كان الحكم قد اثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشـــيوع ، فلهذا الشريك ، فى ســـبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشترى من احد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض ، والمشترى وشأنه فى اتخاذ ما يراه كفيلا بالمحافظة على حقوقه (نقض مدنى ٢٥ ينـــاير ســـنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٩٩٢) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه متى كان للعين المشـــتركة ريع ، فلا محل مطلقا لاســـتئثار احد الشركاء بالانتفاع بالريع دون باقى الشركاء حتى يفصل فى دعوى الحساب التى قد تستغرق زمنا طويلا ، كذلك لا مبرر لايداع الريع فى خزائن الحكومة لما يترتب على ذلك من حرمان النـــاس من اموالهم ، الا اذا وجد ســـبب مشروع يقتضى ذلك . ومن ثم فان العـــدالة تقتضى صرف صافى ريع العين للشركاء بمجرد تحصيله ، ولا سبيل لتحقيق المساواة بين الشركاء فى الانتفاع بأموالهم فى هذه الحالة الا بتحديد نفقة لكل شريك يقدرها القاضى حسب ظروف الدعوى (استئناف مصر ١٨ ابريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٩٨ ص ٤٤٧) .

(١) وقد ذلل التقنين المدنى العراقى بعض هذه العقبـــات بنصـــه فى المادة ١٠٦٣ منـــه على ما يأتى : « ١ — يجـــوز للشركاء أن ينتفعوا بالعين الشائعة جميعا . ٢ — ويجوز لكل منهم حق الانتفاع بحصته ، فلا أنتفع بالعين كلها فى سكن او مزارعة او ايجار او غير ذلك من وجوه الانتفاع بلا اذن شركائه ، وجب عليه لهم أجر المثل ، على انه اذا أجر العين الشائعة بأكثر من أجر المثل وجب عليه أن يعطى كل شريك حصته من الأجرة المسماة » .

الشيوع ، قسمة مهايأة زمانية أو مكانية ، فيتيسر لكل منهم الانتفاع منفردا بالمال الشائع مدة من الزمن ، أو بجزء مفرز منه كل الزمن . وهذا يقتضى البقاء على الأصل واشتراط الاجماع ، فلا تجوز قسمة المهايأة الا باجماع الشركاء المشتاعين .

٢ — أو أن يدير الشركاء المال الشائع بطرق الادارة المختلفة كالايجار ، ولكن لما كان الاجماع متعذرا فان الأغلبية تكفى خروجا على الأصل . وفى هذه الحالة يكفل القانون للأقلية للضمانات الكافية ، حتى لا تتحكم فيها الأغلبية .

فنستعرض اذن فيما يأتى : (أولا) قسمة المهايأة . (ثانيا) تولى أغلبية الشركاء ادارة المال الشائع .

٤٩١ — أولا — قسمة المهايأة — نصوص قانونية :

تنص المادة ٨٤٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ — فى قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين . فاذا لم تشترط لها مدة ، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة ، تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب فى التجديد » .

« ٢ — واذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . واذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة » .

وتنص المادة ٨٤٧ مدنى على ما يأتى :

« تكون قسمة المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا

الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته » .

وتنص المادة ٨٤٨ مدنى على ما يأتى :

« تخضع قسمة المهايأة ، من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات ، لأحكام عقد الايجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبية هذه القسمة » .

وتنص المادة ٨٤٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — للشركاء أن يتفقوا ، أثناء اجراءات القسمة النهائية ، على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية » .

« ٢ — فاذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضى الجزئى اذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها ، بعد الاستعانة بخبير اذا اقتضى الأمر ذلك » (١) .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٤٦ : ورد هذا النص فى المواد ١٢١٤ — ١٢١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ١٢١٤ — فى قسمة المهايأة يتفق الشركاء على ان يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء . م ١٢١٥ — ١ — لا يصح الاتفاق على قسمة المهايأة لمدة تزيد على خمس سنين . ٢ — فاذا لم تشترط لها مدة ، حسبت مدتها سنة واحدة ، تتجدد اذا لم يعلن الشريك شركاءه قبل السنة الجارية بثلاثة اشهر انه لا يرغب فى التجديد . م ١٢١٦ — اذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وفى لجنة المراجعة ادمجت المواد الثلاث فى مادة واحدة من فقرتين ، مع تعديلات لفظية طفيفة ، تحت رقم ٩١٧ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب أضيفت العبارة الآتية فى آخر الفقرة الثانية : « واذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة » . ووافق مجلس النواب على المادة بهذا التعديل تحت رقم ٩١٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « او انتهت المدة المتفق عليها =

= ولم يحصل اتفاق جديد » بعد عبارة « فاذا لم تشترط لها مدة » الواردة فى الفقرة الأولى . وجاء فى تقرير اللجنة ما يأتى : « اضافت اللجنة الى الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديدا » بعد عبارة « فاذا لم تشترط لها مدة » ، لأن النص وضع حكما لحالة عدم اشتراط مدة ، ولا تختلف عن ذلك حالة انتهاء المدة المتفق عليها دون اتفاق جديد » . وقيل بالنسبة الى الفقرة الثانية التى تقضى باعتبار قسمة المهايأة قسمة نهائية اذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة » ان هذا الحكم جاء على خلاف القواعد العامة ، وتتحقق النتائج العملية له بالاتفاق او هذا النزاع بحكم ، ويتبع فى ايهما اجراءات الشهر العقارى » . وقد وافقت اللجنة على الفقرة الثانية المذكورة ، على ان يكون مفهوما أن الجزء الذى يتملك هو المقسوم قسمة مهايأة فقط ، اما الباقى من النصيب على الشيوع فيبقى فى الشيوع . وانتهى النص بذلك الى ان اصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٤٦ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٠ — ص ١٣٣) .

م ٨٤٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٢١٧ من المشروع التمهيدى ، على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٤ — ص ١٣٥) .

م ٨٤٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٢١٨ من المشروع التمهيدى ، وكانت هذه المادة تنقسم الى فقرتين ، خصصت الفقرة الثانية منهما للاثبات ، فجاءت على الوجه الآتى : « ويجوز اثباتها بكل الطرق ، الا انه اذا لم تكن ثابتة بالكتابة أو ما يعادلها ، اعتبرت غير محددة المدة » . ووافقت عليها لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليها مجلس النواب تحت رقم ٩١٧ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية لمخالفتها للقواعد العامة للاثبات فى غير حاجة ، واضيفت الى الفقرة الأولى عبارة « وطرق الاثبات » ، وبهذا أصبح الأصل فى هذه الطرق خضوعها للقواعد الخاصة باثبات الايجار الا اذا تعارضت مع طبيعة قسمة المهايأة ، وقد روعى فى هذا التعديل التمكين لاستقرار المعاملات . وصار النص ، ورقمه ٨٤٨ ، مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٥ — ص ١٣٧) .

م ٨٤٩ : ورد هذا النص فى المادة ١٢١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٧ — ص ١٤٠) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنيـــة العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٨٠٠ و ٨٠١ و ٨٠٢ و ٨٠٣ — وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٨٥٠و٨٥١ و ٨٥٢و٨٥٣ — وفى التقنين المدنى العراقى المواد ١٠٧٨ و ١٠٧٩ و ١٠٨٠ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٨٣٠ — وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٨٤٣ و ٨٤٤ و ٨٤٥ و ٨٤٦ — وفى التقنين المدنى الأردنى المواد ١٠٥٤ و ١٠٥٥ و ١٠٥٦ و ١٠٥٧ (٢) .

---

(١) لا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء كان يجرى على كثير من هذه الأحكام (انظر المذكرة الايضــــاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٨) .

(٢) فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٨٠٠ — ٨٠٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٥٠ — ٨٥٣ (مطابق ، فيما عدا المادة ٨٥٠ من التقنين الليبى فهى مطابقـــة للفقرة الأولى من المـــادة ٨٤٦ من التقنين المصرى ، وقد حذفت الفقرة الثانية فى التقنين الليبى) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٨ — ١٠٧٩ (موافق ولم ينقل التقنيـــن العراقى الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من التقنين المصرى) .

م ١٠٨٠ : اذا لم يتفق الشركاء على المهـــاياة فى المنقول ، ولم يطلب احدهم ازالة الشيوع ، فللشريك الذى يطلب المهاياة مراجعة محكمة الصلح لاجرائها . (وهنا يجعل التقنين العراقى ، خلافا للتقنين المصرى ، قسمـــة المهاياة فى المنقول ، دون العقار ، قسمة قضائية يكفى أن يطلبها أحد الشركاء حتى تقوم محكمة الصلح باجرائها ، دون حاجة الى اتفاق جميع الشركاء) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى : م ٨٣٠ : يجـــوز أن يتفق الشركاء على أن يتمتع كل منهم على انفراد بالشىء أو بالحق المشـــترك على طريقة المناوبة — وفى هذه الحالة يمكن كلا منهم أن يتصرف فى حقه الخـــاص الذى يتمتع به سحابة المدة المعينة لهذا التمتع ، سواء أكان ببـــدل أم بلا بدل ، ولا يلزمه حينئذ أن يقدم لشركائه حسابا عما استوفاه — غير أنه لا يستطيع أن يأتى أمراً من شأنه أن ينقص أو يمنع حقوق بقية الشركاء عندما تأتى نوبتهم فى التمتع .

(والقانون اللبنانى يعرض للمهاياة الزمانية دون المهاياة المكانية) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٤٣ : ١ — للشركاء جميعا أن يتفقوا عـــلى قسمة المال الشائع مهاياة بأن ينتفع كل منهم بجزء مفرز مدة معينة لا يصح أن تزيد على خمس سنين ، وتنتهى القسمة بانقضـــاء المدة المتفق عليهـــا دون حاجة الى تنبيه . ٢ — فاذا لم يتفق على مدة ، اعتبرت القسمة لمدة سنة تمتد سنة فسنة ، وتنتهى اذا نبه أحد الشركاء شركاءه برغبته فى ذلك قبل انقضاء =

= المدة الجارية بستين يوما . ٣ — واذا انتهت القسمة ، وبقى الشركاء كل منهم منتفعا بالجزء الذى اختص به دون اعتراض من احدهم ، تجددت لمدة سنة تمتد على النحو السابق .

(هذا النص يتفق مع الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من التقنين المصرى باستثناء المدة التى يخطر فيها الشريك باقى شركائه بعدم رغبته فى تجـديد قسمة المهاياة فقد جعلها المشرع الكويتى ستين يوما بدلا من ثلاثة اشهر ولم يأخذ التقنين الكويتى بالفقرة الثانية من النص المصرى الذى تقضى بأنه اذا استمرت قسمة المهاياة خمس عشرة سنة فأنها تنقلب الى قسمة نهائية).

م ٨٤٤ : للشركاء جميعا أن يتفقوا على قسـمة منافع المال الشـائع مهايأة بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم لمدة تتناسب مع حصته .

(هذا النص يتفق فى الحكم مع نص المادة ٨٤٧ من التقنين المصرى) .

م ٨٤٥ : للشركاء اثناء القسمة النهائية ان يتفقوا على قسـمة المال الشائع مهايأة بينهم حتى تتم القسمة النهائية . فاذا تعذر اتفاقهم على قسمة المهاياة جاز للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بها .

(ويتفق هذا النص فى حكمه مع نص المادة ٨٤٩ من التقنين المصرى).

م ٨٤٦ : تخضع قسـمة المهاياة من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم ، ومن حيث الاحتجاج بها على الغير لأحكام عقد الايجـار ما لم تتعارض هذه الأحكام مع طبيعة القسمة .

(ويتفق حكم هذا النص مع حكم المادة ٨٤٨ من التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٥٤ : المهاياة قسمة المنافع قد تكون زمانية او مكانية ، ففى الأولى يتناوب الشركاء الانتفاع بجميع المال المشترك مدة تتناسب مع حصة كل منهم وفى الثانية ينتفع كل منهم بجـزء معين من العين المشتركة .

م ١٠٥٥ : ١ — يجب تعيين المدة فى المهاياة زمانا ولا يلزم فى المهـاياة مكانا . ٢ يتفق الشركاء على مدة المهاياة ، واذا لم يتفقوا فللمحكمة ان تعين المدة التى تراها مناسبة حسب طبيعة النزاع والمال المشـترك . وتجرى القرعة لتعيين البدء فى المهاياة زمانا وتعيين المحل فى المهاياة مكانا .

م ١٠٥٦ تخضع أحكام قسمة المهاياة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث اهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات لأحكام عقد الايجار اذا لم تتعارض مع طبيعة هذه القسمة .

١٠٥٧ : للشركاء أن يتفقوا أثناء اجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهاياة بينهم حتى تتم القسمة النهائية . ٢ — فاذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهاياة جاز للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بها ولها الاستعانة بأهل الخبرة اذا اقتضى الأمر ذلك .

(وأحكام التقنين الأردنى تتفق مع أحكام التقنين المصرى فيمـا عدا : ١ — ان التقنين الأردنى لم يضع حدا أقصى خمس سنوات للمدة المتفق عليها للقسمة المهاياة كما فعل التقنين المصرى . ٢ — لم يأخذ التقنين الأردنى بما أخذ به التقنين المصرى من أن قسمة المهـاياة اذا دامت خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية . ٣ — أعطى التقنين الأردنى للمحكمة سلطة تعيين مدة المهاياة فى حالة عدم اتفاق الشركاء عليها) .

ويخلص من هذه النصوص أن قسمة المهايأة اما أن تكون مهايأة مكانية ، أو مهايأة زمانية . وسواء كانت مكانية أو زمانية ، فان أحكام عقد الايجار كقاعدة عامة تسرى عليها . وهناك مهايأة تسبق القسمة النهائية ، تختص ببعض الأحكام .

٤٩٢ — المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية :

كثيراً ما يتفق الشركاء فى الشيوع ، تخلصا من مشاكل ادارة المال الشائع وما يحيط بهذه الادارة من صعوبات ، على قسمة المهايأة لمدة معينة ، فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك ، ويختص كل منهم بجزء مفرز من المال يعادل حصته فى المال الشائع . وبذلك يتهيأ لكل منهم أن يحوز مالا مفرزا يستقل بادارته واستغلاله والانتفاع به ، فله أن يسكن الدار أو أن يؤجرها ، وأن يزرع الأرض على ذمته او أن يؤجرها بالنقد أو بطريق المزارعة ، وبوجه عام له أن يستغل ما اختص به مفرزا من المال الشائع وأن ينتفع به بنفسه أو بواسطة غيره . ولا يحاسبه أحد من الشركاء على ادارته لنصيبه ولا على الغلة والثمار التى حصل عليها ، فى مقابل أنه هو أيضا لا يحاسب أحدا من الشركاء على ما اختص به هذا الشريك . وهذه هى المهايأة المكانية . ولا يجوز الاتفاق على هذه المهايأة لمدة تزيد على خمس سنوات ، فان زادت المدة المتفق عليها على ذلك أنقصت الى خمس . ذلك أن المهايأة المكانية ، وان كانت تفرز المال من حيث المنفعة ، تبقيه شائعا من حيث الملكية . فيبقى الشيوع قائما ما دامت المهايأة المكانية ، ولا يجبر شريك على البقاء فى الشيوع فى الملكية بموجب الاتفاق لمدة أطول من خمس سنوات كما سنرى (١) . ومن ثم لم يجز الاتفاق على المهايأة المكانية لمدة تزيد على خمس سنوات ، حتى لا يجبر الشريك على البقاء فى الشيوع عن طريق المهايأة المكانية مدة أطول من ذلك . فاذا انقضت المدة المتفق عليها ، جاز

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٥٣٧ .

تجديدها مدة ثانية فثالثة وهكذا ، بشرط ألا تزيد كل مدة على خمس سنوات . أما اذا لم يحصل اتفاق على المدة ، او انقضت المدة المتفق عليها ولم يحصل الاتفاق على تجديدها مدة أخرى مع استبقاء المهاياة ، فان المدة تكون سنة واحدة فى الحالتين ، تتجدد سنه ثانيه فثالثه وهكذا الا اذا أعلن أحد الشركاء الاخرين أنه لا يرغب فى تجديد المهاياة ، ويجب أن يكون هذا الاعلان قبل انتهاء السنة الجاريه بثلاثه أشهر على الأقل . ويلاحظ أن قانون الاصلاح الزراعى (م ٣٥) يحتم أن تكون مدة ايجار الأراضى الزراعية لا تقل عن ثلاثه سنوات ، ولكن المهاياة لا تخضع لهذا الحكم . فيجوز أن تكون مدتها أقل من ثلاث سنوات ، فقد تتجدد لسنة واحدة ، وذلك لانعدام حكمة النص اذا طبق على عقد المهاياة (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الواردة بالمادة ٨٤٦م/١ من التقنين المدنى القائم والتى تقضى بأنه اذا اتفق على قسمة المهايأة المكانية ولم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة بثلاثة أشهر انه لا يرغب فى التجديد ، هى قاعدة مستحدثة لم يكن لها نظير فى التقنين المدنى الملغى ، فلا يجوز اعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم (٢) .

والذى يقع فى العمل أن المهايأة المكانية تدوم مدة طويلة ، فتتجدد من مدة الى أخرى ، وكثيرا ما تدوم خمس عشرة سنة أو أكثر . ومهايأة مكانية تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد فى انهائها . لاخير دليل على أن هذه المهايأة هى خير قسمة للمال الشائع ، ارتاح اليها

---

(١) انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ هامش ٣ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩ مايو سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض السنة ٢١ رقم ١٣٨ صفحة ٨٦٢ .

الشركاء واطمأنوا الى التعامل على أساسها . لذلك استحدث التقنين المدنى الجديد حكما فى هذا الصدد فنصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ مدنى كما رأينا على ما يأتى : « واذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . واذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمه مهايأة » . فوضع النص بذلك قاعدتين هامتين :

- (القاعدة الأولى) أنه اذا حاز شريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض فرضا قابلا لاثبات العكس (١) أن حيازته لهذا الجزء قامت على أساس قسمة مهايأة سبق ابرامها بين الشركاء . وهذه القاعدة ذات طابع عملى واضح ، فكثيرا ما يصعب الاهتداء ، بعد أن يضع الشريك يده على جزء مفرز ، الى ما يثبت سبق حصول قسمة مهايأة . فذلل النص هذه الصعوبة العملية ، وفرض وجود هذه القسمة ، فأعفى الشريك بذلك من هذا الاثبات الشاق . وواضح أن هذه القرينة القانونية لا تتناول الا الأجزاء المفرزة التى حازها الشركاء ، أما بقية المال الشائع فيبقى على الشيوع (٢) .

---

(١) وذلك تطبيقا للمادة ٤٠٤ مدنى التى تقضى بأن القرينة القانونية تكون قابلة لاثبات العكس ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك (انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٧ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٨ وانظر عكس ذلك وأن هذه القرينة القانونية لا تقبل اثبات العكس محمد على عرفة فقرة ٣٣٩ ص ٤٥٦) .

(٢) انظر ما دار فى لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد آنفا فقرة ٤٩١ ص ٨١٤ هامش ١ .

قضت محكمة النقض بأنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان المالك على الشيوع اذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته فله الحق فى حماية وضع يده ، وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر ، بل كل ما له ان يطلب قسمة العقار اثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم ، وللشريك على الشيوع أن يرجع بريع حصته على الشركاء الذين يضعون اليد على ما يزيد على حصتهم كل بقدر نصيبه فى هذه الزيادة . (نقض مدنى فى ١٨ فبراير سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ١٠٧ صفحة ٥٥٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن القسمة الفعلية — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — تتحقق فى صورة ما اذا تصرف أحد الملاك المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم فى جزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع ، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا انهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له أن تصرف فيه ، ويعتبر المتقاسم طبقا لما تقضى به المادة ٨٤٣ من القانون المدنى مالكا وحده للحصة المفرزة التى آلت اليه من وقت أن تملك فى الشيوع وانه لم يملك غيرها فى بقية الحصص (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن القسمة الفعلية تتحقق فى صورة ما اذا تصرف أحد الملاك المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ، ويتصرف كل منهم فى جزء مفرز يعادل خصته فى المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له أن واذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن التصرفات التى تمت بعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ لم يقم بها الشركاء جميعا فى الاعيان التى كانت موقوفه ، وانما صدرت من بعضهم دون البعض الآخر ، فانه لا يتوافر بها حصول قسمة فعليه بين هؤلاء

---

(١) نقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٩٧ صفحة ٤٧٨ .

كما قضت محكمة النقض بأن القسمة الفعلية لا تتحقق الا اذا تصرف احد الملاك المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته وينهج نهجه سائر الشركاء بما يفيد رضاءهم ضمنا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له أن تصرف فيه .

(نقض مدنى فى ١٨ مارس سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ رقم ١٦٠ صفحة ٨٧١) .

الشركاء (١) •

(والقاعدة الثانية) أنه متى حاز الشريك جزءا مفرزا يعادل حصته فى المال الشائع مدة خمس عشرة ، وكان هناك ، أو افترض أن هناك ، قسمة مهايأة سابقة قامت الحيازة على أساسها ، فان قسمة المهايأة تنقلب بمجرد تمام خمس العشرة سنة الى قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك (٢) • وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى تبرير هذا الحكم ما يأتى : « وتنقلب المهايأة المكانية الى قسمة نهائية دون أثر رجعى اذا دامت خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك • وهذا تجديد خطير فى المشروع ، ولكنه تجديد له ما يبرره • فان المهايأة المكانية ، التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد فى انهائها ، هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا اليها • وقد وصلوا اليها فعلا بالتجربة واطمأنوا الى نتائجها ، فان كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم الا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب الى قسمة نهائية » (٣) • فاذا تمت خمس عشرة سنة والمهايأة المكانية لا تزال قائمة لم يرغب أحد فى انهائها ، ولم يتفق مقدما على أنها تبقى دائما مهايأة مكانية دون أن تنقلب الى قسمة نهائية ، فانه بتمام هذه المدة تصبح المهايأة المكانية قسمة نهائية بحكم القانون (٤) •

---

(١) نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ٢٣ صفحة ١٣٢ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن قسمة المهايأة المكانية لا تتحول الى قسمة نهائية وفقا للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدنى الا بدوام حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمسة عشر سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على خلاف ذلك (نقض مدنى فى ١٨ مارس سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ١٦٠ صفحة ٨٧١) •

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٩ •

(٤) وبديهى انه ليس من الضرورى أن يضع الشريك يده على الجزء المفرز بنية انه ملكه بموجب قسمة نهائية ، بل يكفى أن يضع يده كشريك =

وقد قضت محكمة النقض بأنه وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى تنقلب قسـمة المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة الى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ، كما اعتبر المشرع فى الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشـيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة قرينة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة مما مؤداة انه اذا لم يثبت عكس هذه القرينة فان حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع تؤدى الى ملكيته لهذا الجزء اعمالا لهذه القرينة وللحكم الوارد فى صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار اليها (١) .

كما قضت محكمة النقض بأنه يشترط وفقا للمادة ٨٤٦/٢ مـن القانون المدنى حتى تتحول قسم المهايأه المكانية الى قسمه نهائية ان تدوم حيازة الشريك للجزء المفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، وأن لايكون الشركاء قد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك . واذ كان الثابت فى الدعوى ان القسمة لم تنقلب الى قسمة نهائية لعدم مضى خمس عشرة سنة من وقت صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى الغى نظـام

= متهايىء مهاياة مكانية ، فلسنا هنا فى صدد التملك بالتقادم المكسب(محمد على عرفة فقرة ٣٩٩ ص ٤٥٦) .

واذا كان احد الشركاء غير كامل الأهلية ، وجب فى ابرام عقد المهاياة المكانية أن ينوب عنه وليه او وصية أو القيم ، فاذا بقى غير كامل الأهليـة عند انقضاء خمس العشرة سنة ، فلا تنقلب المهاياة الى قسمة نهائية الا بعد اتباع الاجراءات الواجب مراعاتهـا فى حالة غير كامل الأهليـة (م ٨٣٥ مدنى) . انظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٤٤ — محمد على عرفة فقرة ٣٣٩ — وقارن اسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ — منصـور مصـطفى منصـور فقرة ٧٩ ص ١٩٩ .

هذا ولا تنقض هذه القسمة بسبب الغبن كما تنقض القسمة الحاصلة بطريق التراضى ، لأن الأولى قسمة تتم بحكم القانون (اسماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ — عبد المنعم فرج الصـدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ — منصـور مصطفى منصور فقرة ٧٩ ص ١٩٩ .

(١) نقض مدنى فى ٢٦ يونية سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٦٧ صفحة ١٠٨٤ .

الوقف على غير الخيرات وجعل ما انتهى اليه الوقف ملكا للمستحقين حتى تاريخ رفع الدعوى، فان مقتضى ذلك اعتبار البائعين الى الطاعن مازالوا مالكين لانصبتهم على الشيوع فى الأعيان التى كانت موقوفة ومن بينها العقار موضوع التداعى (١) •

ولما كانت هذه القسمة النهائية لابد من تسجيلها ، شــأنها فى ذلك شأن أية قسمة أخرى ولو أنها تتم بحكم القانون ، فلابد من كتابة ورقة مثبتة لها • فان اتفق الشركاء على كتابة هذه الورقة ، سجلت باعتبارها قسمة نهائية • ويعتبر تاريخ هذه القسمة من وقت انتهاء خمس العشرة سنة ، لا من وقت ابتداء المهايأة المكانية • وهذا هو المعنى المقصود من العبارة الواردة فى المذكرة الايضاحية من أن المهايأة المكانية تنقلب الى قسمة نهائية ، « دون أثر رجعى » ، فليس مقصــودا بطبيعة الحال من هذه العبارة أن تكون القسمة النهائية نفسها غير ذات أثر كاشف (٢)، فهى ككل قسمة لها هذا الأثر • واذا لم يتفق الشركاء على كتابة الورقة التى تعد للتســجيل ، جاز لأى شريك أن يرفع النزاع الى المحكمــة ، وتقضى المحكمة بثبوت القسمة النهائية ، ويكون تاريخ القسمة هنا أيضا هو اليوم التالى لانقضاء خمس العشرة سنة ، لا يوم ابتداء المهــايأة المكانية ، ولا يوم رفع الدعوى أو يوم صدور الحكم (٣) •

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان ما حازه الشريك وآلت اليه ملكيته عقارا فأنه لا يمكن الاحتجاج بهذه الملكية على الغير الا بتسجيل القسمة النهائية التى تحولت اليها قسمة المهايأة • ولا يقوم فى ذلك أن

---

(١) نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٧١ مجموعة احكام النقض السنة ٢٢ رقم ٢٢ صفحة ١٣٢ •
(٢) عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٤ ص ١٤٣ هامش ١ — وقارن محمد على عرفة فقرة ٣٣٩ ص ٤٥٦ •
(٣) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧١ ص ٢٥٨ — وقارن اســماعيل غانم فقرة ٩٢ ص ٢١٦ وهامش ٢ — منصور مصــطفى منصــور فقرة ٧٩ ص ١٩٦ . وانظر ما دار فى هذا الصدد فى لجنة مجلس الشيوخ آنفا فقرة ٤٩١ ص ٨١٤ هامش ١ •

القسمة تحصل فى هذه الحالة بحكم القانون اذ الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ توجب تسجيل كل قسمة عقارية حتى تكون حجة على الغير دون أن تفرق فى ذلك بين القسمة العقارية التى تتم بالاتفاق أو بحكم القاضى أو بحكم القانون ، هذا الى أن الأعمال التحضيرية للمادة ٨٤٦ من القانون المدنى صريحة فى وجوب اتخاذ اجراءات الشهر لعقارى بالنسبة للقسمة التى تتحول اليها قسمة المهايأة حيث ورد فى قرار لجنة القانون المدنى فى محضر الجلسة السابعة والثلاثين ان النتائج العملية لحكم الفقرة الثانية تتحقق بالاتفاق أو عند النزاع بحكم وتتبع فى أيهما اجراءات الشهر العقارى (١) .

وقد تكون المهايأة مهايأة زمانية « بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته » (٢) . فلو كانت هناك أرض زراعية أو دار أو سيارة شائعة بين شريكين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث ، فانه يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كلها يستغلها وحده لمدة سنتين ثم يختص بها الآخر لمدة سنة وهكذا ، أو أن يختص الأول بالسيارة لمدة شهرين والآخر لمدة شهر واحد وهكذا . ولم ينظم القانون مدة المهايأة

---

(١) نقض مدنى فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٦٧ صفحة ١٠٨٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كانت المحكمة قد تبينت من وقائع الدعوى أن الشريكين فى ماكينة للرى والطحن قد استغلاها مدة من الزمن بالطريقة المتفق عليها فى عقد الشركة ، ثم عدلا من هذه الطريقة الى طريقة أخرى . ثم اختلفا بعد ذلك على طريقة الاستغلال ولم يوفقا الى طريقة ما ، فاضطر أحدهما الى استغلالها بطريق المهايأة الزمنية ، اذ كانت هذه هى الطريقة الوحيدة الممكنة ، فانه لا يكون هناك حرج فى عدم التعويل على الطريقة الواردة فى العقد بعد ثبوت العدول عنها . ويجوز اثبات حصول الانتفاع بطريقة أخرى معينة بجميع وسائل الاثبات ، اذ الأمر أصبح متعلقا بواقعة مادية (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٦٨٩ — ص ٦٩٠) .

الزمانية كما نظم مدة المهايأة المكانية ، فتسرى القواعد العامة • ومن ثم يجوز أن يتفق الشركاء على عدد من دورات التناوب فى الانتفاع بالمال الشائع كما يشاءان ، بشرط ألا يؤدى هذا الاتفاق الى اجبارهم على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنين ، وتنتهى المهايأة الزمانية بانتهاء مدتها ، ويعين الاتفاق هذه المدة وكيف تنقضى •

ولا تنقلب المهايأة الزمانية الى قسمة نهائية مهما طالت مدتها ، ولم يورد القانون هذا الحكم الاستثنائى بالنسبة اليها ، لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما أمكن تطبيقه على المهايأة المكانية • فالمهايأة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة ، فهى كالقسمة النهائية الا فى أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك • أما المهايأة الزمانية فتبقى المال الشائع على حالته دون افراز وانما تقسم زمن الانتفاع به ، فهى لا تهيىء للقسمة النهائية ، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب اليها (١) •

٤٩٣ — تكييف قسمة المهايأة — تطبيق قواعد الايجار :

وكما يمكن تكييف المهايأة بأنها قسمة منفعة مكانية أو زمانية ، كذلك يمكن تكييفها بأنها ايجار ، ففى المهايأة المكانية « يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء » (م ١/٨٤٦ مدنى) • فهى اذن منفعة فى مقابل منفعة ، ينتفع الشريك بجزء مفرز فيحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة هذا الجزء ، فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى • وفى المهايأة الزمانية يتناوب الشركاء الانتفاع بالمال الشائع كله ، فيحصل الشريك فى نوبته على نصيب باقى الشركاء فى منفعة المال الشائع ، فى مقابل حصول

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز تغيير صفة الحائز بعد انتهاء عقد قسمة المهايأة من حائز بسبب وقتى معلوم الى حائز بقصد التملك ، اذا جابه هذا الحائز باقى الملاك المشتاعين بما يفيد قصده القاطع فى التملك (نقض مدنى فى ١٩ مايو سنة ١٩٧٠ مجموعة احكام النقض ٢١ رقم ١٣٨ صفحة ٨٦٢) •

شركائه ، كل فى نوبته ، على نصيبه هو فى منفعة هذا المال . فالمهايأة اذن، بنوعيها ، هى مقايضة انتفاع بانتفاع ، ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون ايجارا اذ ليس من الضرورى أن تكون الأجرة فى الايجار ، كما يكون الثمن فى البيع ، نقدا (١) .

ومن أجل هذا قريب المهايأة من الايجار ، فنصت المادة ٨٤٨ مدنى كما رأينا على أن « تخضع قسمة المهايأة ، من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الاثبات ، لأحكام عقد الايجار مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » . ولما كان كل شريك من الشركاء فى الشيوع ، فى التكييف الذى قدمناه ، يعتبر مؤجرا لمنفعة حصته ومستأجرا لمنفعة حصص الباقى من الشركاء ، فيجب أن تكون أهلية الشريك فى المهايأة بنوعيها أهلية كل من المؤجر والمستأجر ، وهى هنا أهلية الادارة دون أهلية التصرف حتى فى الاستئجار اذ هو يعتبر فى المهايأة من أعمال الادارة (٢) . كذلك جواز الاحتجاج بالمهايأة على الغير ، كمشتر للمال الشائع ، تطبق فيه قواعد الايجار ، فلابد من أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع حتى تسرى فى حق المشترى (٣) . وتطبق أيضا قواعد الايجار

---

(١) الوسيط الجزء السادس ، الطبعة الثانية المنقحة ، المجلد الأول فقرة ١٢٤ .

(٢) حسن كيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٧ هامش ١ — اسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ هامش ٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٦ هامش ١ — وانظر فى أهلية المؤجر وأهلية المستأجر والولاية فى كل منهما الوسيط الجزء السادس الطبعة الثانية المنقحة ، المجلد الأول فقرة ٧٥ — فقرة ٩٦ . ومن ثم لا يجوز للوصى أو القيم أن يعقد مهايأة نيابة عن ناقص الأهلية لمدة تزيد على ثلاث سنوات الا بترخيص من المحكمة ، واذا عقد المهايأة لمدة أطول انقصت المدة الى ثلاث سنوات (محمد على عرفة فقرة ٣٤١ ص ٤٥٧ — اسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٦) .

(٣) أما اذا لم تكن المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع ، ولو كان تاريخها ثابتا قبل التسجيل ، فلا تنفذ فى حق المشترى ، ولكن يجوز لهذا الأخير ان يتمسك بعقد المهياة ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه (م ٦٠٤ مدنى) . ولا يجبر المشترى الشريك المتهايىء على الاخلاء الا بعد التنبيه =

فيما يتعلق بحقوق المتهايئين والتزاماتهم ، فكل شريك متهائي تكون له حقوق المستأجر من تسليم وتعهد بالصيانة وضمان للتعرض وضمان للعيوب الخفية ، وعليه التزاماته من دفع الأجرة (وهى هنا منفعة حصته) واستعمال العين بحسب ما أعدت له والمحافظة عليها وردها عند انتهاء المهايأة ، ولكل شريك أن يؤجر من الباطن ، وتطبق فى هذه الحالة قواعد الايجار من الباطن • وتطبق أيضا قواعد اثبات الايجار ، وقد أصبحت فى التقنين المدنى الجديد هى القواعد العامة ، فتثبت المهايأة بالبينة والقرائن فيما لا يجاوز عشرين جنيها ، والا وجبت الكتابة أو ما يعادل الكتابة (١) •

= عليه بذلك فى مواعيد معينة ، ويلتزم الشريك الذى باع حصته الشائعة بأن يدفع تعويضا للشريك المتهايىء ، ولا يجبر هذا الاخير على الاخلاء الا بعد أن يتقاضى هذا التعويض من البائع أو من المشترى او بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض (م ٦٠٥ مدنى) — انظر أسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٥ حسن كيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٦ هامش ١ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٦ •

(١) واذا وقعت المهايأة على أرض زراعية ، فان قانون الاصلاح الزراعى (م ٣٦) الذى يقضى بوجوب أن يكون عقد ايجار الاراضى الزراعية ثابتا بالكتابة لا مجال لتطبيقه هنا . ذلك ان الكتابة مطلوبة فى قانون الاصلاح الزراعى للانعقاد لا للاثبات (الوسيط الجزء السادس ، المجلد الثانى فقرة ٧٣٣) ، فلا ينطبق هذا الحكم الاستثنائى على المهايأة لانه لا يتعلق بالاثبات . وعلى فرض أن الكتابة مطلوبة للاثبات لا للانعقاد — كما يذهب كثير من الفقهاء فى مصر وكما تقرر اخيرا بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ — فانا نؤيد رأى من يذهب منهم الى ان هذا الحكم استثنائى لا ينطبق على اثبات المهايأة اذ هو يتعارض مع طبيعتها . ذلك أن هذا الحكم (خاص بأيجار الاراضى الزراعية ومقصود به حماية طائفة مستأجرى الاراضى الزراعية من استغلال الملاك ، فلا يكون مفهوما تطبيقه على قسمة المهايأة حيث لا تقوم بين المتقاسمين مثل هذه المظنة من الاستغلال» (حسن كيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٧ هامش ٢) وانظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٥٧ ص ١٣٨ وهامش ١ (وهو يرى بعد تعديل المادة ٣٦ من قانون الاصلاح الزراعى بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٣ ، أصبحت الكتابة فى ايجار الارض الزراعية لازمة للاثبات لا للانعقاد ، ومن ثم يجب تطبيق حكمها على عقد المهايأة ولا تتعارض طبيعة هذا العقد مع هذا الحكم) — وانظر عكس ذلك ايضا اسماعيل غانم فقرة ٧١ ص ١٥٦ (وهو مع ذلك لا يذهب الى تطبيق المادة ٣٦ من قانون الاصلاح الزراعى فى شقها الاخير على عقد المهايأة لتعارض ذلك مع طبيعة المهايأة ، فاذا لم يكن هذا العقد ثابتا بالكتابة لم تنقلب المهايأة الى مزارعة مدتها ثلاث سنوات ونصيب المالك فيها النصف) .

وقد قضت محكمة النقض أن مقتضى المادة ٨٤٧ من القانون المدنى هو أن قسمة المهايأة الزمنية للمال الشائع لا تنهى حالة الشيوع بين الشركاء فيه ولاتعدو الغاية منها تنظيم علاقة هؤلاء الشركاء لاقتسام منفعة ذلك المال بان يتناوبوا الانتفاع به كل منهم مدة مناسبه لحصته فيه بما يعنى مقايضة انتفاع كما هو الحال فى عقد الايجـــــار ٠ واذ تقضى المادة ٨٤٨ التالية للمادة السالفة الذكر بخضوع قسمه المهاياة من حيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الايجار الا فيمـــا يتعارض مـع طبيعه هذه القسمة . فان مؤدى هذين النصين أن يلتزم الشريك المهايىء كما يلتزم المستأجر طبقا لنصوص القانون المدنى فى الايجار بأن يرد العين المشتركة لشركائه فيها بعد انتهاء نوبته فى الانتفاع بها والا كان غاصبا ويلزم بتعويض هـؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر (١) ٠

٤٩٤ ــ المهايأة التى تسبق القسمة النهائية :

وهناك صورة خاصة من المهايأة تتميز بأنها اجراء يسبق القسمـــة النهائية ٠ فقد تبدأ اجراءات القسمة النهائية للمال الشائع ، وتطـــول أو يتوقع أن تطول هذه الاجراءات ٠ فيعمد الشركاء الى الاتفاق فيمـا بينهم على قسمة المال قسمة مهايأة ، وفى الغالب تكون المهايأة مكانية ، على أن تبقى هذه المهايأة نافذة الى أن تتم القسمة النهائية ٠ بل يصح ، حتى اذا تعذر اتفاق الشركاء على المهايأة ، أن يطلبها أحدهم من القاضى الجزئى الذى تجرى أمامه اجراءات القسمة النهائية ، فأمر القاضى بها بالرغم من معارضة الشركاء الآخرين ٠ وقد يستعين القاضى بخبير فى اجراء هذه المهايأة ، ويغلب أن يكون هو نفس الخبير الذى يستعين به فى القســــمة النهائية (٢) ٠ » وفى هذا وضع حد للمنازعات التى تسبق

---

(١) نقض مدنى فى ١١ نوفمبر ســنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٠ رقم ٤٧ صفحة ٢٩٨ ٠

(٢) انظر المادة ٨٤٩ مدنى آنفا فقرة ٤٩١ ٠

القسمة النهائية » (١) •

ونرى من ذلك أن المهايأة المكانية التى تسبق القسمة النهائية تختلف عن المهايأة المكانية العادية فى أمرين جوهريين :

١ — أن الأولى لا يشترط فيها اتفاق الشركاء جميعا فهى ليست حتما قسمة اتفاقية ، بل قد تكون قسمة قضائية اذا طلبها شريك أو أكثر دون الباقى . وعندئذ يتعين على القاضى الجزئى اجراؤها • اما المهايأة العادية ، فد رأينا أنها تكون دائما قسمة اتفاقية ، لابد فيها من اتفاق جميع الشركاء •

٢ — انه ليس للمهايأة التى تسبق القسمة النهائية مدة معينة ، فهى تدوم الى أن تنتهى القسمة النهائية ، ولذلك قد تبقى خمس سنوات أو أقل أو أكثر • أما المهايأة المكانية العادية ، فقد قدمنا أن مدتها لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات ، قد تجدد ، وأنه اذا لم تعين لها مدة كانت المدة سنة واحدة قابلة للتجديد على النحو الذى سبق أن بيناه (٢) •

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٩ •

(٢) محمد على عرفة فقرة ٣٤٢ — حسن كيرة فقرة ١٠٦ ص ٣٤٤ هامش ١ •

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ينظم صورة خاصة اخرى من المهايأة ، تتم هى ايضا بأمر من القاضى بناء على طلب احد الشركاء ، وذلك فى حالة ما تكون القسمة النهائية ضارة بمصالح الشركاء ، فيرجئها القاضى ويستبدل بها قسمة مهايأة الى ان يتيسر اجراء القسمة النهائية دون ضرر . فكانت المادة ١٢٢٠ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « اذا كانت القسمة النهائية ضارة بمصالح الشركاء على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ ،ولم يكن ميسورا أن يدار المال الشائع ادارة مشتركة، فللقاضى الجزئى ، بناء على طلب احد الشركاء ، ان يأمر بقسمة المهايأة بعد الاستعانة بخبير او دون استعانة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٨ فى الهامش) . وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ من المشروع التمهيدى المشار اليها فى النص تجرى على الوجه الآتى : « ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب احد الشركاء ، ان تأمر باستمرار الشيوع حتى الى ما بعد الاجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد اى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى=

٤٩٥ — ثانيا — تولى أغلبية الشركاء ادارة المال الشائع — نص قانونى :

تنص المادة ٨٢٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ — ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الادارة المعتادة يكون ملزما للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء . فان لم تكن ثمة أغلبية ، فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع » .

« ٢ — وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا ، كما أن لها أن تضع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا » .

« ٣ — واذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٢) .

= كانت القسمة العاجلة تضر بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك » . (مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٠) . وقد حذفت هذه الفقرة الثانية فى لجنة المراجعة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٢) ، فحذفت تبعا لها المادة ١٢٢٠ سالفة الذكر فى نفس اللجنة (مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ١٣٨ فى الهامش) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تعديل لفظى ، تحت رقم ٨٩٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب بعد تعديل لفظى تحت رقم ٨٩٧ ، وأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٨ (مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ٨٥ — ص ٨٧) .

(٢) لا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، وهو نص جديد مستحدث .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٨٣ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٣٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٦٤/٢ و ٣ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٨٣٥ — وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٨٢١ و ٨٢٢ و ٨٢٣ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادتين ١٠٣٣/٢ و ١٠٣٤ (١) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الاخرى :
التقنين المدنى السورى م ٧٨٣ (مطابق) .
التقنين المدنى الليبى م ٨٣٧ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٤ / ٢ و ٣ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٥ : ان الأقلية من الشركاء مجبرة على قبول القرارات التى تتخذها الغالبية فيما يختص بادارة الشىء المشترك وكيفية الانتفاع به ، بشرط ان يكون للغالبية ثلاثة أرباع المصالح التى يتكون منها موضوع الشركة — واذا لم يكن للغالبية ثلاثة ارباعها ، فللشركاء ان يلجاوا الى القاضى فيقرر ما يراه اكثر انطباقا على مصلحة الشركة العامة . ويمكنه ان يعين لها مديرا عند الاقتضاء ، أو يأمر بقسمتها .

(وقد نسخ هذا النص المادة ٢٠١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى) .
التقنين المدنى الكويتى م ٨٢١ : ١ — لأغلبية الشركاء ، على أساس قيمة الحصص ، أن تقوم بأعمال الادارة المعتادة ، ولها ان تعين من الشركاء او من غيرهم مديرا يقوم بهذه الاعمال ، ولها ان تضع نظامـــا للادارة . ٢ — ويسرى ما تتخذه الاغلبية على جميع الشركاء وخلفائهم سواء كان الخلف عاما او خاصا .

م ٨٢٢ : اذا لم تتوفر الأغلبية المنصوص عليها فى المادة الســـابقة ، فللمحكمة بناء على طلب اى شريك أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة او المصلحة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع .
م ٨٢٣ : اذا تولى احد الشركاء عملا من اعمال الادارة المعتادة ولم تعترض عليه أغلبية الشركاء فى وقت مناسب ، اعتبر فيما قام به نائبا عـــن الجميع ، فاذا اعترضت الاغلبية لا ينفذ تصرف الشريك فى حق باقى الشركاء.
(واحكام التقنين الكويتى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى رقم ١٠٣٣/٢ : ٢ — فاذا تولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم .
م ١٠٣٤ : ١ — يكون رأى اغلبية الشركاء فى ادارة المال ملزما للجميع وتعتبر الاغلبيةبقيمة الانصبة . ٢ — فان لم يتفق الشركاء جاز لهم ان يختاروا =

ويخلص من هذا النص أنه فى ادارة المال الشائع ادارة معتادة ، لاتخلو الحال من أن نكون فى أحد الفروض الثلاثة الآتية :

أولا — أن يتولى أحد الشركاء الادارة ولا يعترض عليه الباقون ، فيعد وكيلا عنهم وكالة عامة بالادارة .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت المادة ٨٢٨/٣ من القانون المدنى تقضى بأنه اذا تولى أحد الشركاء ادارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم ، فان مفاد هذا النص ان تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت الى الشريك الذى تطوع لادارة المال الشائع من باقى الشركاء . ويعد هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى ادارة المال الشائع ادارة معتادة فتنفذ الأعمال التى تصدر منه فى حق الشركاء الباقين سواء ما كان منها عملا ماديا أو تصرفا قانونيا تقتضيه الادارة مما يعتبر معه هذا الشريك فى مفهوم المادة ٧٠١/٢ من القانون المدنى وكيلا عن باقى الشركاء وكالة عامة بالادارة وهى تشمل بيع الشريك للمحصول الناتج من الأرض الزراعية المشتركة وقبض الثمن بوصفة تصرفا تقتضيه الادارة (١) .

كما قضت محكمة النقض بأن المقرر عملا بالمادة ٨٢٨/٣ من القانون المدنى انه اذا تولى أحد الشركاء ادارة المال الشائع دون اعتراض من الباقين عد وكيلاعنهم ، ولما كان تأجير المال الشائع عملا من أعمال الادارة وكان ما يهدف اليه المطعون ضده الثانى بدعواه هو الزام الطاعن بتحرير عقد ايجار له عن عين النزاع ، واذ كان الطاعن لاينازع فى انه القائم على ادارة العقار الكائن به عين النزاع دون باقى الشركاء على الشيوع

= مديرا وان يضعوا لادارة المال والانتفاع به نظاما يسرى على الشركاء جميعا وعلى خلفائهم سواء اكان الخلف عاما او خاصا او ان يطلب احدهم من المحكمة أن تتخذ ما يلزم لحفظ المال وان تعين مديرا للمال الشائع .

(وأحكام التقنين الأردنى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٨٦ صفحة ١٢٠٦ .

كما قضت محكمة النقض بأن الأصل أن ادارة الأموال الشائعة تكون =

فان الدعوى تكون قد وجهت الى من لـه صـفة (١) .

ثانيا — فاذا لم يتول أحد الشركاء الادارة ، أو تولاها واعترض عليه الباقون ، فالادارة المعتادة تكون فى هذه الحالة فى يد أغلبية الشركاء على أساس قيمة الأنصباء . فما يستقر عليه رأى هذه الأغلبية فى الادارة المعتادة يكون ملزما لجميع الشركاء ، من رضى منهم ومن لم يرض . ويجوز لهذه الأغلبية أن تعين مديرا لادارة المال الشائع ادارة معتادة ، ولها أن تضع نظاما لهذه الادارة .

ثالثا — فاذا تعذر وجود أغلبية من الشركاء ، فلأى منهم أن يطلب من القاضى الأمر باتخاذ ما يلزم من التدابير المستعجلة مما تقتضـيه الضرورة ، وللقاضى أن يعين عند الحاجة مديرا للمال الشائع .

ونستعرض فيما يلى كلا من هذه الفروض الثلاثة (٢) :

٤٩٦ — تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين :

فى هذا الفرض ، وهو غير نادر الحصول ، يعتبر أن هناك وكالة

من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ، فاذا تولى احـد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم (نقض مدنى فى ١١ ابريل سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ رقم ١٠٧ صفحة ٦٨٦) .

(١) نقض مدنى فى ٣١ مارس سنة ١٩٨٢ مجموعة احـكام النقض السنة ٣٣ رقم ٦٧ صفحة ٣٧١ .

كما قضت محكمة النقض بأن مؤدى المادتين ٨٢٧ و ٨٢٨ من القانون المدنى ان ادارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يتفقوا على خلاف ذلك ، واذا تولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم . وكان رفع الدعوى بطلب الاخلاء للتأجير من الباطن يندرج ضمن ادارة المال الشائع ، فان اقامة الدعوى من احد الشركاء دون اعتراض من باقى الشركاء على انفراده برفعها يحمل على اعتباره وكيلا عنهم فى اقامتها وهو ما يكفى بذاته لاكتمال صفته فى اقامة الدعوى .

(نقض مدنى فى ٢ يناير سنة ١٩٨٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢٥ صفحة ١١٦) .

(٢) انظر فى ايجار المالك فى الشيوع فى هذه الفروض الثلاثة الوسيط الجزء السادس ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٥٢ .

ضمنية صدرت من باقى الشركاء الى الشريك الذى تطوع لادارة المال الشائع ، فيكون هذا الشريك أصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى ادارة المال الشائع ادارة معتادة . وتنفذ أعمال الادارة المعتادة التى تصدر منه فى حق الشركاء ، فيكون ايجاره مثلا للمال الشائع نافذا فى حقهم(١) . وكذلك قبضة للأجرة (٢) ، وقيامه بأعمال الصيانة ، ودفعه الضرائب ، وغير ذلك من اعمال الحفظ التى تقدم ذكرها . وله ان يزرع الارض الزراعية ، وأن يتفق على الزراعة ما تقتضيه من مصروفات ، وأن يستأجر عمال الزراعة للحرث والتسميد والبذر والحصد ، وأن يشترى ما يلزم من سماد وبذور ، وان يستأجر المواشى والآلات الزراعية اللازمة ، وأن يحفظ المحصولات بعد جمعها ، ثم يبيعها فى الأسواق بأثمانها الجارية . وله كذلك ، بدلا من زراعة الأرض على الذمة ، أن يؤجرها ، أو أن يعطيها مزارعة . كل هذه أعمال تدخل فى حدود الادارة المعتادة ، وتكون نافذة فى حق سائر الشركاء (٣) .

---

(١) وقد فرض القانون ان عدم اعتراض الشركاء على الايجار الصادر من شريك منهم على وجود وكالة سابقة منهم له بالتأجير . ومن ثم لا ينفذ الايجار فى حقهم الا لمدة لا تجاوز ثلاث سنوات ، شأن اى ايجار يصدر من الوكيل أو النائب . وهذا بخلاف ما اذا قلنا ان عدم اعتراض الشركاء على الايجار الصادر من أحدهم انما هو اقرار لاحق لا توكيل سابق ، فيتعين عندئذ ان يرى الايجار فى حق الشركاء لاية مدة ولو زادت على ثلاث سنوات ، لان الشركاء يكونون قد أقروا الايجار بالمدة المحددة فيه (الوسيط الجزء السادس ، المجلد الأول الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٥٢ ص ٨٢ — ص ٨٣ هامش ١) .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٨٨ .

(٣) ومن هذه الأعمال ما هو عمل مادى لا تصرف قانونى ، كزراعة الأرض ، فلا ترد عليه الوكالة . فيمكن اعتبار الشريك فى هذه الحالة فضوليا ، والى هذا المعنى تشير المذكرة الايضاحية ، للمشروع التمهيدى عندما تقول : « اما اذا لم يختاروا مديرا ، وتولى أحد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلا عنهم . وهو على كل حال يكون فضوليا فيما لا يكون فيه وكيلا ، وذلك خدود قواعد الفضالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٦) .

ويجوز ، بعد أن يتولى الشريك الادارة دون اعتراض من الباقين ، أن يعترض على ادارته بعض الشركاء ، فيكون ذلك بمثابة عزل له عن الوكالة الضمنية . فاذا كان الباقى من الشركاء ممن لم يعترضوا على ادارته هم الأغلبية بحسب حصصهم فى المال الشائع ، ويدخل فى ذلك حصته هو ، بقى الشريك متوليا الادارة ، ولكن بإعتباره معينا من قبل الأغلبية ، فتسرى أعمال ادارته فى حق المعترضين على أساس أنه يمثل الأغلبية كما سنرى . أما اذا اعترض على ادارته من الشركاء من تكون حصصهم فى المال الشائع لا تقل عن النصف ، فانه لا يصبح ممثلا للأغلبية ، ومن ثم لا يستطيع المضى فى ادارته ، ويجب عليه أن يتنحى (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ كان مفاد المادتين ٨٢٧ و ٨٢٨ من القانون المدنى ان حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء ، فمتى صدر الايجار للعين كلها أو لجزء مفرز منها من أحد

---

(١) فاذا اجر العين الشائعة بالرغم من ذلك ، استطاع الشركاء الذين اعترضوا اخراج المستأجر من كل العين ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يبقى فى أى جزء منها مهما صغر . وقد كان المستأجر فى عهد التقنين المدنى القديم يجوز له ، كدائن للشريك المؤجر ، أن يتمسك بحقوق هذا الأخير فى المشاركة فى الانتفاع بالعين المؤجرة ، فلا يعتبر فى شغله للعين متعرضا لحيازة باقى الشركاء ، بل حالا محل الشريك المؤجر . فلا يجوز طرده ، ويتعين الاتفاق معه على طريقة الانتفاع أو على القسمة قسمة نهائية أو قسمة مهايأة أو تعيين حارس أو مدير يتولى الادارة (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٧ ص ٩٩ — الاسكندرية مستعجل ٢٨ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥ ص ٩١ : لا يمكن اعتبار المستأجر حائزا بغير سند . ويكون الفصل فى بطلان الايجار ماسا بحقوق الخصوم ومن اختصاص قاضى الموضوع) . أما فى التقنين المدنى الجديد ، فان اغلبية الشركاء هى التى تملك ايجار العين الشائعة ايجارا نافذا فى حق الجميع ، فلا يكون للشريك الذى آجر وحده حق شغل العين المؤجرة ، ويمتنع تبعا لذلك على المستأجر منه ان يتمسك بحق ليس ثابتا لمدينه ، فيجوز اذن طرده من العين وردها الى اغلبية الشركاء والى المستأجر منهم (الوسيط الجزء السادس ، الطبعة الثانية المنقحة ، المجلد الأول فقرة ٥٢ ص ٨٥ وهامش ٣) .

الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة ، فان الايجار وان وقع صحيحا ونافذا فيما بينه وبين المستأجر منه الا انه لا يسرى فى حق باقى الشركاء ممن لم يصدر منهم الاجارة طالما لم يقروها صراحة أو ضمنا ، اعتبارا بأن الايجار يقع فى جزء منه على ملك الغير ، فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا اخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها ومن أى جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة (١) .

٤٩٧ — تولى أغلبية الشركاء للادارة :

فاذا كانت هناك أغلبية من الشركاء ، على أساس قيمة الأنصباء ، متفقة على الوجه الذى يدار به المال الشائع ، فهذه الأغلبية هى التى تدير هذا المال ، ولو كانت شخصا واحدا من الشركاء يملك أكثر من نصف المال الشائع (٢) . وليس لباقى الشركاء ، مهما كان عددهم ، أن يعترضوا على ادارة الأغلبية ما دامت لم تخرج على حدود الادارة المعتادة ، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم . وليس للأقلية أن تعترض الا اذا كانت الأغلبية قد تعسفت فى استعمال حقها فى الادارة ، وراعت مصالحها وأهدرت مصالح الأقلية ، لاسيما اذا كانت الأغلبية عددا قليلا من الشركاء أو كانت شريكا واحدا فقط (٣) . وهناك ملجأ آخر تلوذ به الأقلية ، بل يلوذ به أى شريك ، وهو طلب القسمة للخروج من الشيوع .

---

(١) نقض مدنى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٧ مجموعة احكام النقض السنة ٢٨ رقم ٣١٦ صفحة ١٨٤٦ .

(٢) فاذا كان احد الشركاء يملك اكثر من النصف ، كان له وحده حق الايجار . واذا كان لا يملك الا الثلث مثلا واجر المال الشائع كله لشريك آخر يملك هو ايضا الثلث ، كان الشريكان المؤجر والمستأجر موافقين على الايجار ، ولما كانا يملكان الثلثين فان الايجار يسرى فى حق باقى الشركاء . وكذلك يسرى الايجار فى حق باقى الشركاء لو آجر الشريكان اللذان يملكان الثلثين العين الشائعة كلها لأجنبى (الوسيط الجزء السادس الطبعة الثانية المنقحة ، المجلد الأول فقرة ٥٢ ص ٨١) .

(٣) حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٤٩ — اسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٥١ وفقرة ٧٢ ص ١٥٨ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٧ ص ١٩٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٨ ص ١٤١ .

وقد ترى الأغلبية آلا تدير المال الشائع بنفسها ، بل تقيم وكيلا عنها ، من بين الشركاء أنفسهم أو من غيرهم ، فى هذه الادارة • فيكون هذا الوكيل نائبا عن الأغلبية فى حدود الادارة المعتادة ، وأعمال الادارة التى يقوم بها تكون نافذة فى حق الجميع (١) • وقد ترى الأغلبية عدم اطلاق يد هذا الوكيل • بل تضع نظاما يكفل حسن الانتفاع بالمال الشائع وادارته على وجه مرضى • فيصبح هذا النظام ملزما لجميع الشركاء ، وملزما للوكيل الذى اختارته الأغلبية ، وملزما لمن يخلف الشركاء من خلف عام كالوارث ومن خلف خاص كالمشترى • وقد يتضمن هذا النظام قيودا على سلطة الوكيل ، فلا يستطيع مثلا أن يؤجر المال الشائع لأكثر من سنة ، أو يلزم بايداع ريع المال فى مصرف معين • وبديهى أن هذا النظام قابل للتعديل ، ، ويعدله من يملك وضعه ، فيجوز لأغلبية الشركاء — وليس من الضرورى أن تكون هى نفس الأغلبية التى قامت بوضع النظام — تعديله أو الغاؤه ووضع نظام جديد ، أو الغاؤه أصلا دون وضع أى نظام آخر •

٤٩٨ — عدم توفر أغلبية من الشركاء لادارة المال الشائع :

فاذا لم تتوافر أغلبية من الشركاء ، بحسب قيمة الأنصباء ، لادارة المال الشائع ، بل تعارضت ميولهم واختلفت اتجاهاتهم دون أن تخلص منهم أغلبية ، لم يبق الا الالتجاء الى القضاء (٢) • فيجوز لأى

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٩٦ •

(٢) واذا أجر أحد الشركاء جزءا مفرزا من العين الشائعة يعادل حصته ، فانه لا يستطيع تسليم هذا الجزء المفرز الى المستأجر اذا اعترض الشركاء الآخرون . ويكون الايجار معلقا على شرط حصول القسمة بين الشركاء ووقوع الجزء المفرز فى نصيب الشريك المؤجر . فاذا وقع جزء مفرز آخر فى نصيب الشريك المؤجر ، فالرأى الغالب فى الفقه ان ينتقل الايجار اليه بحكم الحلول العينى المقرر فى التصرف فى جزء مفرز من المال الشائع وفقا للمادة ٢/٨٢٦ مدنى .

أما اذا آجر الشريك حصته الشائعة ، لا كل العين ولا جزءا مفرزا منها ، ففى هذه الحالة يكون الايجار صحيحا ، ولكن يتعذر على المؤجر أن يسلم حصته الشائعة الى المستأجر . والى أن تتم القسمة لا يكون لمستأجر =

من الشركاء أن يرفع الأمر الى المحكمة — الكليـة أو الجزئيـة بحسب النصاب (١) — وعلى المحكمة أن تأمر باتخاذ الاجراءات والتدابير التي تقتضيها الضرورة . فقد تأمر بايجار الأرض الزراعية لمن يتقدم لاستئجارها بأجرة مناسبة خوفا من فوات الصفقة ، وتندب لذلك أحد الشركاء لابرام عقد الايجار . وقد تعين المحكمة عند الحاجة مديرا للمال الشائع ، من الشركاء أو من غيرهم ، ويكون لهذا المدير سلطة الحارس القضائي ، فيقوم بأعمال الادارة المعتادة ، ويقدم الحساب للشركاء . وذلك كله الى أن يعود الشركاء أو أغلبيتهم الى الاتفاق وعند ذلك ينتهي المدير الذى اختارته المحكمة ، أو الى أن تتم اجراءات قسمة المال الشائع اذا طلب أحد الشركاء القسمة .

= الحصة الشائعة أكثر مما للشريك المؤجر . ويترتب على ذلك أن اغلبية الشركاء يستطيعون ايجار العين كلها ويكون الايجار نافذا في حق الشريك المؤجر وفي حق المستأجر منه ، ولا يبقى للمستأجر الا الرجوع على المؤجر . فاذا لم توجد أغلبية جاز للشريك المؤجر ، وللمستأجر منه عن طريق الدعوى غير المباشرة ، أن يطلب من المحكمة المختصة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه ضرورة استغلال المال الشائع (م ٨٢٨ مدني) ، فتعين المحكمة مديرا يتولى ادارة العين الشائعة ، واذا عينته فقد يقر الايجار الصادر من الشريك المؤجر . أما اذا تمت القسمة ، فان المستأجر يتسلم حصة المؤجر المفرزة ، وينحصر الايجار فيها (الوسيط الجزء السادس ، الطبعة الثانية المنقحة ، المجلد الأول فقرة ٥٢ ص ٨٧ — ٨٨) .

(١) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي : « فان لم تكن هناك أغلبية ، وشلت الادارة بسبب ذلك ، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة (ويحسن النص على أن تكون المحكمة الجزئية التي يدخل في دائرتها العقار) أن تعين من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم ، وتتخذ المحكمة من الاجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٦) . ولم يأخذ النص بجعل المحكمة المختصة هي المحكمة الجزئية ، فوجب اذن أن تكون المحكمة الجزئية او المحكمة الكلية بحسب النصاب .

الفصل الثانى

الادارة غير المعتادة

٤٩٩ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٢٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان » .

« ٢ — وللمحكمة عند الرجوع اليها ، اذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات (١) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يدخلوا ، فى سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى اعد له المال ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة ، ولمن خالف من الشركاء حق الرجوع الى المحكمة . ٢ — وللمحكمة عند الرجوع اليها ، اذا وافقت على قرار الأغلبية ، ان تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من الاجراءات . ولها بوجه خاص ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » . وفى لجنة المراجعة اقترح تعديل النص بما يجعل الأغلبية هى ثلاثة ارباع المال الشائع ، واضافة حكم يقضى باخطار بقية الشركاء بقرارات الأغلبية على ان تكون معارضة من لم يوافق على هذه القرارات فى خلال شهر من وقت الاعلان . فوافقت اللجنة على ذلك ، واصبح النص مع بعض تعديلات اخرى لفظية طفيفة مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا ان مدة المعارضة فى المشروع هى شهر بدلا من شهرين ، واصبح رقم النص ٩٠٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٨ . واستبدلت لجنة مجلس الشيوخ كلمة « شهرين » بكلمة «شهر» ، =

ولا مقابل لهـذا النص فى التقنين المدنى السـابق ، فهـو نص مستحدث .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربيـة الأخرى : فى التقنين المدنى السـورى المادة ٧٨٤ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٣٨ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٦٥ — وفى قانون الموجبـات والعقود اللبنانى المادة ٨٣٦ — وفى التقنين المدنى الكويتى المـادة ٨٢٤ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٣٥ (١) .

= فأصبح النص تحت رقم ٨٢٩ مطابقا لمـا استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمـال التحضيرية ٦ ص ٨٧ — ص ٩٠) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٨٤ (مطـابق فيما عدا اشـترط التقنين السـورى أن يكون اعلان قرارات الأغلبيـة بكتاب مضـمون أو بطريقـة أخرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٣٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٥ : ١ — للشركاء أصحاب القدر الأكبر فى الحصص أن يدخلوا ، باذن المحكمة ، فى سبيل تحسين الانتفاع بالمـال الشائع ، من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له المـال ما يخرج عن حدود الادارة غير المعتادة . ٢ — وللمحكمة أن تقرر ما تراه مناسبا من الاجراءات . ولها بوجه خاص أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

(ويختلف التقنين العـراقى عـن التقنين المصرى فى وجهـين : ١ — لا يشترط التقنين العراقى الا الأغلبية العادية . ٢ — ولكن يشترط من جهة أخرى اذن المحكمة مقدما قبل القيام بالعمل) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٦ : لا تجبر الأقلية على قبـول قرارات الأغلبية اذا كانت تختص : أولا — بأعمال التصرف وبالأعمال الادارية أيضا اذا كانت تمس الملكية مباشرة . ثانيا — بتعديلات جديدة فى عقـد الشركة أو الشىء المشترك . ثالثا — بعقد موجبات جديدة — ففى الأحوال المتقدم ذكرها يجب أن يتغلب رأى المعارضين . على أنه يجـوز للشركاء الآخرين أن يستعملوا عند الاقتضاء الحق المنصوص عليه فى المـادة ٨٦ (اتخاذ الشىء كله لحسابهم الخاص) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٢٤ : ١ — الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المـال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يجاوز الادارة =

ويخلص من هذا النص أن هناك أعمال ادارة تخرج عن حدود الادارة المعتادة ، فهذه تتولاها أغلبية أكبر من الأغلبية المعتادة ، ويكون للأقلية غير الموافقة حق الاعتراض عليها أمام المحكمة .

٥٠٠ — الأعمال التي تخرج عن حدود الادارة المعتادة :

جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي ، في خصوص الأعمال التي تخرج عن حدود الادارة المعتادة ، ما يأتي : « اذا كان الأمر متعلقا بأعمال الادارة الخارجة عن الأعمال المعتادة ، كادخال تغييرات أساسية في الغرض الذي أعد له المال لتحسين الانتفاع به ، وذلك كتحويل مطعم الى مقهى ، أو اعادة بناء منزل لجعله أصلح للاستغلال ، فللأغلبية أن تقرر ما تراه في ذلك ... » (١) .

= المعتادة ، على ان يخطروا باقى الشركاء بذلك القرار كتابة قبل احداث التغيير أو التعديل ، ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة باعتراضه خلال ثلاثين يوما من وقت الأخطار . ٢ — وللمحكمة اذا اعتمدت قرار الأغلبية ، ان تقرر ماتراه مناسبا من التدابير .

(واحكام التقنين الكويتي تتفق مع أحكام التقنين المصري فيما عدا . ١ — مدة الأعتراض في التقنين الكويتي ثلاثين يوما بينما هي في التقنين المصري شهرين . ٢ — اشترط التقنين الكويتي أن يكون اعلان قرار الأغلبية الخاصة كتابة بينما لم يشترط التقنين المصري ذلك . ٣ — لم ينص التقنين الكويتي على جواز أمر المحكمة باعطاء المخالف من الشركاء كفالة بينما نص التقنين المصري على ذلك) .

التقنين المدني الأردني م ١٠٣٥ : ١ — للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ان يقرروا في سبيل تحسين الأنتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ، ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة على ان يبلغوا قراراتهم الى باقي الشركاء باعذار رسمي ، ولمن خالفا من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من تاريخ التبليغ . ٢ — وللمحكمة عند الرجوع اليها اذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ان تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير ولها بوجه خاص ان تقرر اعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما يستحق من التعويضات .

(واحكام التقنين الأردني تتفق مع احكام التقنين المصري باستثناء ان التقنين الأردني تطلب في اخطار باقي الشركاء بالتصرف غير المادي ان يتم باعذار رسمي بينما لم يشترط التقنين المصري ذلك) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٨ .

فالأعمال الخارجة عن حدود الادارة المعتادة هى أذن التعديلات فى الغرض الذى أعد له المال الشائع ، وذلك بقصد تحسين الانتفاع به . ففى الأراضى ، يعتبر ادارة غير معتادة تحويل الأرض من أرض للزراعة الى أرض للبناء اذا كانت تصلح لذلك بالنسبة الى موقعها ، أو الى ارض تقام عليها مصانع للاستغلال الصناعى . كذلك يعتبر ادارة غير معتادة تحويل الأرض الزراعية من أرض للمحصولات العادية كالقطن والقمح والارز الى ارض مشجرة تغرس فيها اشجار الفواكه المختلفه او أرض لزراعة الزهور . ولكن تعتبر ادارة عاديه ، اذا ماحولت الارض الى زراعه الفواكه ، أن يغرس فيها صاحبها النخيل ، أو أن يزرع البقول والخضروات ما بين أشجار الفاكهه ، أو ان يربى الدواجن . أو ان يبنى ابراج الحمام، أو أن يجلب خلايا النحل . أما تربية المواشى بما تقتضيه من نفقات كبيرة وخبرة فنية ومخاطر جدية ، فقد تخرج عن حدود الادارة المعتادة .

وفى المبانى ، يعتبر ادارة غير معتادة تحويل المطعم الى مقهى أو المقهى الى مطعم ، واعادة بناء المنزل لجعله أصلح للاستغلال ، كما تقول المذكرة الايضاحية فيما قدمنا . كذلك يعتبر ادارة غير معتادة تحويل منزل السكنى الى فندق ، أو الى بنسيون ، أو الى شقق مفروشة ، واقامة أحد الشركاء فى الشيوع بناء على أرض فضاء شائعة تعتبر ادارة غير معتادة ، سنفردها بالبحث فيما يلى .

٥٠١ — الأغلبية اللازمة لتقرير الادارة غير المعتادة :

والذى يقوم بأعمال الادارة غير المعتادة يكون عادة هو نفس المدير للمال الشائع ، يعين على الوجه الذى سبق بيانه (١) . ولكنه فى قيامه بهذه الأعمال ، وهى تخرج عن الحدود المألوفة للادارة المعتادة ، فى حاجة الى موافقة أغلبية من الشركاء تختلف عن الأغلبية التى قدمناها فى الادارة المعتادة من وجهين :

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٩٦ .

(الوجه الأول) الأغلبية المطلوبة للادارة غير المعتادة ليست هى الأغلبية المطلقة ، أى مايزيد على النصف على أساس قيمة الأنصباء ، بل هى أغلبية أكبر من ذلك تقتضيها خطورة أعمال الادارة غير المعتادة • ويحددها صدر الفقرة الأولى من المادة ٨٢٩ مدنى ، على ما رأينا ، بأنها أصوات « الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع » • فاذا كان المدير للمال الشائع هو نفسه أحد الشركاء ، ويملك ربع المـال الشائع مثلا ، فانه يكون فى حاجة الى موافقة عدد من الشركاء يملكون نصف المال الشائع على الأقل • هذا اذا كان هو نفسه موافقا على العمل • واذا لم يكن موافقا ، فلابد من أن سائر الشركاء ، وهم يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع ، يتفق رأيهم على القيام بهذا العمل ، فيصبح المدير ملزما بالقيام به بالرغم من عدم موافقته • ويصح أن يتنحى ، وتعيـن الأغلبية العادية مديرا آخر يكون موافقا على العمل ، ليقوم به ، واذا كان أحد الشركاء يملك ثلاثة أرباع المال الشائع ، فانه يستطيع وحده أن يقرر أعمال الادارة المعتادة وأعمال الادارة غيرالمعتادة على السواء • وليس لأقلية الشركاء ، وهى التى تملك الربع الباقى من المال الشـائع المعارضة أمام المحكمة فى أعمال الادارة المعتادة ، ولكن لهم حق المعارضة فى أعمال الادارة غير المعتادة على ما سنرى •

(الوجه الثانى) ومع اشتراط القانون هذه الأغلبية الكبيرة ، فانه بالاضافة الى ذلك يكفل للأقلية المعارضة حقها فى الرجوع الى المحكمة للتظلم من قرار الأغلبية • ويلزم القانون الأغلبية المذكورة بأن تعلن قراراتها فى شأن الأعمال التى قررت القيام حقا الى كل شريك من الأقلية التى لم توافق • ولم يعين القانون طريقة خاصة للاعلان ، فيصح أن يكون على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويا ولكن على الأغلبية اثبات حصول الاعـلان • ولكل شريك من فريق الأقلية ، فى خلال شهرين من يوم وصول الاعلان اليه، أن يعارض فى قرارات الأغلبية أمام المحكمة المختصة •

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٢٩ مدنى كما رأينا : « وللمحكمة عند الرجوع اليها ، اذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير • ولها بوجه خاص ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » • فالمحكمة اذن تبدأ بتقدير صواب القيام بالعمل الذى قررته الأغلبية ، وتسمع فى ذلك حجج الأغلبية وحجج الأقلية • وقد ترى ، بعد سماع حجج الطرفين ، ألا توافق على العمل ، فيمتنع على الأغلبية أن تقوم به • أما اذا وافقت المحكمة على العمل ، فقد تضع له شروطا وتحوطه بضمانات تكفل انجازه على وجه مرضى • وقد يبقى العمل ، بعد كل ذلك ، غير مأمون العاقبة ، فتحتاط المحكمة لكفالة حقوق الأقلية المخالفة ، وتأمر الأغلبية باعطاء الأقلية كفالة شخصية أو عينية ، تطمئن اليها الأقلية فيما اذا تحققت مخاوفها ونتج عن العمل خسارة ، فتجد الأقلية فى رجوعها بالتعويضات على الأغلبية هذه الكفالة أمامها تضمن هذا الرجوع ويتبين من ذلك أن موافقة المحكمة على العمل لا يعفى الأغلبية من رجوع الأقلية عليها بالتعويض ، فيما اذا نتج عن هذا العمل خسارة للشركاء •

٥٠٢ — اقامة أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة:

واذا أقام أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل قسمتها ، فان هذا الشريك يكون قد أتى بعمل من أعمال الادارة غير المعتادة كما سبق القول (١) • ويترتب على ذلك أن هذا العمل يقتضى موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة على النحو الذى قدمناه ، أو فى القليل اقرار هذه الأغلبية الخاصة للعمل بعد تمامه •

فاذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء ، ولم تقره بعد اقامته ، جاز طبقا لأحكام التقنين المدنى الجديد أن يجبر الشريك البانى على ازالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى أن يكون هذا البناء قد

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٠٠ •

ألحق بالأرض من ضرر (١) ، أما فى عهد التقنين المدنى السابق ، حيث لم يكن هناك نظام تشريعى لادارة المال الشائع ادارة معتادة وادارة غير معتادة ، فقد أشفقت محكمة النقض على الشريك الذى بنى فى جزء مفرز من الأرض الشائعة من هذه النتيجة القاسية ، ولم يكن القانون يهيىء له وسيلة يلجأ اليها الا اجماع الشركاء وهو أمر متعذر ، فقضت بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة ، ولذلك فانه اذا تمكن أحدهم من اقامة بناء على جزء من العقار المشترك ، فانه لا يعد بانيا فى ملك غيره ، ومن ثم فان المادة ٦٥ من القانون المدنى (السابق) لا تكون منطبقة على حالته لتعلقها بحكم البناء فى ملك الغير ، ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية على الشيوع فى الجزء الذى حصل فيه البناء ، فان كل ما له هو أن يطالب من أقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على ما يظهر من نتيجة القسمة (٢) ، ومعنى ذلك أن الشريك البانى لا يجبر على

---

(١) وهذا ما يذهب اليه الفقه الفرنسى (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢١ ص ٥٤٩ — بودرى وشوفو فقرة ٢٦٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٨٩ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٣٦) .

(٢) نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٤ ص ٥٥ — انظر عكس ذلك وأن للشركاء ان يطلبوا ازالة البناء دون انتظار نتيجة القسمة : استئناف مصر ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٧ ص ٦٦٠ — مصر الكلية ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٧ ص ٦٤٢ — بنى سويف الكلية ٢٢ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٩٤ ص ٥٧١ — المنشية الجزئية ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٥٧٢ ص ١١٤٨ — المنيا الجزئية ٢ يونيه سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ١٩٠ ص ٥٤٨ — استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٥ .

وقد قضت محكمة النقض بانه لئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ، ان لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية فى حصته الشائعة ، وانه اذا تمكن احدهم من البناء على جزء من العقار الشائع ، فانه لا يعد بانيا فى ملك غيره ، وكل ما للشريك الآخر ان يطالب من اقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ، ثم يرتب حقه على مايظهر من نتيجة القسمة ، إلا ان مناط ذلك ان يكون القدر الذى بنى عليه معادلا =

ازالة البناء ، وعلى الشركاء أن يطلبوا القسمة وينتظروا نتيجتها ، فـان وقع الجزء المقام عليه البناء فى نصيب الشريك البانى ، فقد تبين أنه بنى فى ملكه ، وتسلم له الأرض والبناء معا . وان لم يقع هذا الجزء فى نصيبه . فالشريك الذى وقع فى نصيبه هذا الجزء يكون فى حكم صاحب الأرض التى بنى عليها الغير وهو سىء النية ، فتجرى الأحكام المتعلقة بـذلك ويكون مخيرا بين طلب ازالة البناء أو استبقائه بالشروط قررهـا القانون فى هذا الصدد . ويصعب الآن التسليم بما قررته محكمة النقض فى هذه المسألة ، بعد أن وضع القانون نظاما تشريعيا يفتح الطريق أمام الشريك الذى يريد البناء فى جزء مفرز من الأرض الشائعة ، فما عليـه الا أن يحصل على موافقة أصحاب ثلاثة أرباع الأرض ، وليس عليه أن يحصل على موافقة الجميع . ولذلك يذهب أكثر الفقهاء فى مصر بحق الى أن الشريك الذى أقدم على البناء دون الحصول على موافقة الأغلبيـة المطلوبة يجوز اجباره على ازالة البناء والتعويض ، وذلك دون حاجة الى طلب القسمة ودون انتظار لنتائجها (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن شريك على الشيوع فى أرض النزاع مع المطعون عليها وبحق النصـف لكل منهما ، وأنه لم يقم بالبناء على حصته من العقار تعادل نصيبه فيه ، بل أقام البناء على كامل الارض المملوكة له والمطعون عليها مع علمه بذلك ورغم انذارها له وطلبها منه وقف البناء لاقامته على الأرض المملوكة لها ، ولم يأخذ الحكم المطعون فيه بشهادة شاهديه من أنه أقام البناء بموافقة

= لنصيبه ، فيه فاذا جاوزه اعتبر بانيا فى ملك غيره بالنسبة لما اقامه على ما يجاوز حصته فيه (نقض مدنى فى ٢٤ مارس سنة ١٩٨١. مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ١٧٢ صفحة ٩٢٧) .

(١) محمد على عرفة فقرة ٢٩٦ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١١٩ — اسماعيل غانم فقرة ٦٩ ص ١٥٢ — ص ١٥٣ — عبد المنعم فرج الصـدة فقرة ١٢٥ ص ١٨٨ — ص ١٨٩ — وص ١٩١ — حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٤ — ص ٣٥٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ٥٩ ص ١٤٤ — عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ١٣٧ ص ١٥٨ .

المطعون عليها ، فان ما انتهى اليه الحكم من اعتبار الطاعن بانيا سيء النية على أرض المطعون عليها وانه يحق لها وطبقا للمادة ٩٢٤ من القانون المدنى استبقاء نصف البناء على أن يدفع قيمته مستحق الازالة اعمالا لاحكام الالتصاق ، لايكون مخالفا للقانون (١) .

أما اذا وافقت الأغلبية المقررة قانونا على البناء قبل اقامته ، أو أقرته بعد اقامته (٢) ، فان جميع الشركاء يساهمون فى تكاليف البناء بنسبة حصة كل منهم فى الأرض الشائعة ، ويكون البناء ملكا شائعا بينهم جميعا . وبهذا قضت محكمة النقض ، اذ تقول ان الشريك الذى يقيم بناء على العين المشتركة لايعتبر من الغير فى معنى المادة ٦٥ من القانون المدنى (السابق) ، فاذا ما طالب الشريك الآخر بملكيته لحصة فى هذا البناء ، وجب أن يكون ذلك فى مقابل مايناسبها فى تكاليف البناء الفعلية وقت اقامته ، اذ ان مطالبته هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه ، ومن ثم يكون الشريك البانى فى هذه الحالة معتبرا فى حكم الوكيل (٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن ماتباشره الأغلبية فى المال الشائع من تغييرات اساسية ، وتعديل فى الغرض الذى يخرجه من أعمال الادارة المعتادة ، انما تباشره — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — اصيلة عن نفسها ونائبة عن غيرها من الشركاء فان هى شيدت من مالها بناء على العقار الشائع ملكت الأقلية فيه وفيما يغل منذ انشائه ولو لم تف فى حينه بما عليها من نفقاته وذلك حق شخصى للاغلبية تسترده مع الفائدة من

---

(١) نقض مدنى فى ٢٤ مارس سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ رقم ١٧٢ صفحة ٩٢٧ .

(٢) وتعتبر موافقة او اقرارا ضمنيا علم الشركاء باقامة البناء وسكوتهم على ذلك دون اعتراض ، أما اذا علموا فاعترضوا أو لم يعلموا أصلا فيعتبرون غير موافقين (محمد على عرفة فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣ — حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٤) .

(٣) نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٩ ص ٦٩٠ — وانظر عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٩ ص ١٤٩ حسن كيرة فقرة ١٠٧ ص ٣٥٦ وهامش ٢ .

وقت الاتفاق وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة ولا ينشأ على وجه التقابل أو التبادل مع حق الإقليه المدينة فى التملك وتماره ، فالحقان يختلفان مصدرا واثرا ولا يرتبطان بما يجعل احدها يزول بقيام الاخر او يقوم بزواله ، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما للأقليه من ريع وما عليها من دين الإنفاق وفائدته مما لا يتور فى خصوص الدعوى لضرورة الدين وفوائده أمرا مقضيا بحكم سابق وسداد حاصل (١) .

الفـــرع الثاني

التصرف فى المال الشائع

٥٠٣ — تصرف الشركاء مجتمعين وتصرف الشريك منفردا :

رأينا (٢) أن المادة ٨٢٦/١ مدنى تنص على أن « كـــل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها .. » . وظاهر من هذا النص أن للشريك أن يتصرف منفردا فى حصته الشائعة ، أما اذا تصرف فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه (م ٨٢٦/٢ مدنى) فان لهذا التصرف حكما اخر . وقد يتصرف الشركاء مجتمعين — أو تتصرف أغلبية كبيرة منهم (م ٨٣٢ مدنى) — فى المال الشائع كله ، ولهـــذا التصرف أيضا حكمه الخاص .

فالتصرف اذن قد يكون جماعيا فيصدر من الشركاء مجتمعين أو من أغلبية كبيرة منهم ، وقد يكون فرديا فيصدر من الشريك منفردا .

---

(١) نقض مدني فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ رقم ٣٦٩ صفحة ١٩١٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٨٦ .

المبحث الأول

تصرف الشركاء مجتمعين أو تصرف أغلبية كبيرة منهم

١ – تصرف الشركاء مجتمعين

٥٠٤ – التصرف فى المال الشائع كله أو فى جزء مفرز منه :
اذا أجمع الشركاء على التصرف فى المال الشائع كله ، فهذا حقهم ، ويكون تصرفهم صحيحا نافــذا بالنسبة اليهم أجمعين ، فاذا كانت الأرض شائعة بين شريكين وباعها الشريكان معا ، فان هذا البيع اذا سجل ينقل ملكية الأرض الى المشترى • ولايمكن أن يكون لقسمة الأمــوال الشائعة الأخرى بين الشريكين أثر فى ذلك ، لأن الشريكين لما باعا الأرض الشائعة فقد خرجت من ملكيتهما ، ولايجوز أن تدخل فى آية قسمة بينهما بعد ذلك • وانما يثور البحث فى أثر القسمة فى التصرفات التى تصــدر من الشريكين وتقرر للغير حقا عينيا غير الملكية ، كحق رهن أو حق انتفاع • فاذا رهن الشريكان معا الدار الشائعة ، واقتسما بعد ذلك الدار والأرض فوقعت الدار فى نصيب أحدهما ، فانهاتقع مثقلة بحق الرهن • ولا يستطيع هذا الشريك أن يحتج بأنه كان لايملك من الدار وقت أن رهنها الا جزءا شائعا ، فلا يبقى الرهن على الدار الا فى حدود هذا الجزء أما البــاقى فيعتبر مرهونا من شريكه الآخر وقد تبين بعد القسمة أنه غير مالك له فيبطل الرهن الصادر منه ، لا يستطيع الشريك أن يحتج بذلك ، بل يبقى الرهن كله قائما على الدار بعد القسمه ، وقد طبق التقنين المدنى تطبيقا تشريعيا هذا المبدأ فى الرهن الرسمى ، فنصت المادة ١٠٣٩/١ منه على أن « يبقى نافذا الرهن الصادر من جميــع الملاك لعقار شائع ، أيـا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكانه قسمته » (١) • وسنبحث هذه المسألة تفصيلا فى الجزء الخاص بالتأمينات ، عند الكلام فى الرهن الرسمى •

---

(١) انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٧٤ – منصور مصطفى =

كذلك اذا تصرف جميع الشركاء فى جزء مفرز من المال الشائع ، كان تصرفهم صحيحا نافذا فى حق الجميع ، أيا كانت نتيجة القسمة فيما بعد . فلو أن أرضا كانت شائعة بين ثلاثة بالتساوى ، ورهن الثلاثة من الأرض جزءا مفرزا يعادل ثلثها . فان هذا الرهن يلزمهم جميعا . واذا اقتسموا الأرض كلها بعد ذلك ، ووقع الثلث المفرز المرهون فى نصيب أحدهم ، لزمه الرهن ، ولم يستطع أن يحتج بالقسمة على الدائن المرتهن بدعوى أنه لم يرهن من الثلث المفرز الا ثلثه .

٥٠٥ ـ أنواع التصرف :

وما قدمناه لا يصدق على الرهن الرسمي وحده ، بل يصدق أيضا على رهن الحيازة ، كذلك ينطبق المبدا فى حالة تقرير حق عينى أصلى على المال الشائع من جميع الشركاء ، كتقرير حق انتفاع أو حق ارتفاق (١) .

٢ ـ تصرف أغلبية كبيرة من الشركاء

٥٠٦ ـ نص قانوني :

تنص المادة ٨٣٢ مدنى على ما يأتى :

« للشركاء ، الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ،

= منصور فقرة ص ١٥١ ـ حسن كيرة فقرة ١١١ ـ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ ص ١٩٧ ـ شمس الدين الوكيل فى نظرية التأمينات طبعة ثانية سنة ١٩٥٩ فقرة ٤٤ ص ١٠٧ ـ ص ١٠٨ .

وانظر فى أن المادة ١/١٠٣٩ مدنى تتضمن حكما استثنائيا يسرى على الرهن الرسمى دون رهن الحيازة : شفيق شحاتة فى النظرية العامة للتأمين العينى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٥ فقرة ١١٠ ـ سليمان مرقس فى التأمينات العينية ص ٣٤٦ هامش ١ ـ عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ٤٣٥ ـ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٦ ـ محمد على امام فى التأمينات الشخصية والعينية فقرة ٣٢٨ ص ٤٧٢ .

(١) اسماعيل غانم فقرة ٧٤ ـ حسن كيرة فقرة ١١١ ـ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ ـ شمس الدين الوكيل فى التأمينات طبعة ثانية فقرة ٤٤ وفقرة ١٦٨ ص ٤٥٧ ـ ص ٤٦٠ .

أن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا فى ذلك الى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة ، خلال شهرين من وقت الاعلان . وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقرر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا .(١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، وهـــو نص استحدثه التقنين المدنى الجديد .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٧٨٧ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٤١ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٦٢/١ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنـــانى م ٨٣٦ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٨٢٧ و ٨٢٨ — ولا مقابل فى التقنين المدنى الأردنى (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « للشركاء ، الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع قيمه المال الشائع ، أن يقرروا وجوب التصرف فيه ، اذا استندوا فى ذلك الى اسباب قويه . ولمن خالف من الشركاء حق الرجوع الى المحكمة ، وللمحكمة ان تقدر ، تبعا للظروف ، ما اذا كان التصرف واجبا ، بعد أن تتبين أن قسمه المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء » . وفى لجنة المراجعة عدل النص ببعض تعديلات لفظية ، واضيف اليه حكم يقضى بوجوب اعلان قرارات الأغلبية لبقية الشركاء ، ولمن خالف هذه القرارات حق الرجوع الى المحكمة فى خلال شهر من وقت الإعلان . فاصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا ان حق الرجوع الى المحكمة فى المشروع يكون فى خـــلال شهر ، واصبح رقم النص ٩٠٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠١ وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة « شهرين » بكلمة « شهر » ، تمشيا مع ما سبق أن تقرر فى مادة سابقة ، واصبح رقم النص ٨٣٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمـــــال التحضيرية ٦ ص ٩٤ — ص ٩٧) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٧٨٧ مطابق : فيما عدا ان تبليغ القرارات الى باقى الشركاء فى التقنين السورى يكون بكتاب مضمون أو بطريقة رسمية أخرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤١ (مطابق)

=

ويختلص من هذا النص أنه بالرغم من أن التصرف فى المال الشائع يقتضى اتفاق جميع الشركاء ، الا أنه قد تعرض ظروف هامة وتقوم أسباب قوية تستدعى التصرف فى هذا المال ، ومع ذلك يتعذر اجماع الشركاء على التصرف • فتدخل المشرع فى هذه الحالة الاستثنائية ، وأجاز لأغلبية كبيرة من الشركاء أن تقرر التصرف فى المال الشائع ، مع اعطاء الأقلية غير الموافقة الضمانات الكافية •

٥٠٧ — الأسباب القوية التى تستدعى التصرف فى المال الشائع :

قد يسوء استغلال المال الشائع وهو باق على الشيوع ولاتوجد طريقة لتلافى هذا النقص ، ويظهر من جهة أخرى أن قسمة المال بين الشركاء ضار بمصالحهم • فعندئذ يتبين أن الأجدى ، ليس هو بقاء الشيوع أو القسمة ، بل هو التصرف فى المال الشائع • وقد تواتى فرصة

= **التقنين المدنى العراقى** م ١٠٦٢/١ كل واحد من الشركاء أجنبى فى حصة الآخر ، وليس له أن يتصرف فيها تصرفا مضرا بأى وجه من غير رضاء •

(والتقنين العراقى لا يجيز للأغلبية ، مهما بلغت ، التصرف فى المال الشائع) •

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٦ (انظر آنفا فقرة ٤٩٩ فى الهامش) •

التقنين المدنى الكويتى م ٨٢٧ : للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا التصرف فيه اذا استندوا فى ذلك الى اسباب قوية ، وكانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء ، وعليهم ان يخطروا باقى الشركاء بقرارهم كتابة ، ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدم الى المحكمة باعتراضه خلال ستين يوما من وقت الاخطار . وللمحكمة تبعا للظروف التصريح بالتصرف أو رفضه •

م ٨٢٨ : فى الحالات التى ينص فيها القانون على حق اغلبية الشركاء فى الادارة غير المعتادة او التصرف ، لاتتوفر الأغلبية فى شريك واحد مهما بلغت حصته فى المال •

(ويختلف التقنين الكويتى عن التقنين المصرى فى النقاط التالية :

١ — اشترط التقنين الكويتى لكى تتصرف الأغلبية غير العادية أن تكون ثمة اسباب قوية لهذا التصرف وان تكون القسمة ضارة بمصالح الشركاء ، بينما النص المصرى لم ينص على هذه الشروط وان كانت المحكمة تراعيها اذا عرض عليها الأمر •

٢ — أن يخطر باقى الشركاء بالقرار كتابة • ٣ — جعل التقنين الكويتى ، =

يستطاع معها التصرف فى المال الشائع فى صفقة رابحة ، يخشى من فواتها والا تعود • وقد تتعذر ادارة المال الشائع بالرغم من جميع الوسائل التى هيأها القانون لادارته ، وتكون القسمة العينية ضارة بالشركاء ، ويكون التصرف فى المال لاجنبى هو خير وسيلة لقسمته • وقد تحتـــاج العين الشائعة الى تعمير يستدعى نفقة ، ولا سبيل الى الحصول عـلى المال اللازم الا عن طريق رهن العين • بل قد يتبين أن هناك طريقة افضـل لاستغلال المال الشائع ، كأن تكون أرضا مثلا وفى اقامة مبان عليهـا مضاعفة لغلتها ، والحصول على المال اللازم لاقامة المبانى يقتضى رهن الأرض • هذه الأسباب وأمثالها تعتبر أسبابا قوية تستدعى التصرف فى العين الشائعة ، تارة بالبيع وطورا بالرهن •

وكالتصرف فى العين الشائعة كلها التصرف فى جزء مفرز منها • فتقوم أسباب قوية تستدعى ، ليس التصرف فى جميع العين الشائعة ، بل فى جزء مفرز منها فقط ، ويتعذر اجماع الشركاء على هـذا التصرف فيجوز للأغلبية سالفة الذكر ، من باب أولى ، التصرف فى هذا الجـزء المفـرز •

٥٠٨ ــ الأغلبية اللازمة لتقرير التصرف فى المال الشائع :

ومادام اجماع الشركاء متعذرا ، والتصرف تقوم به أسباب قوية ، فلابد اذن من الترخص فى شرط الاجماع والاكتفاء بأغلبية كبيرة وذلك فى مصلحة جميع الشركاء •

ويشترط القانون أن تكون هذه الأغلبية هى عدد من الشركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، وهذه هى نفس الأغلبية المقررة فى الادارة غير المعتادة فيما قدمناه (١) • والعدد الذى يملك هذا القدر من

= مدة الاعتراض على قرار الأغلبية الخاصة هى ستون يوما بينما التقنين المصرى جعل مدة الاعتراض شهرين • ٤ ــ لم يجز التصرف غير العادى فى حالة اذا ما توافرت الأغلبية الخاصة فى شريك واحد مهما بلغت حصته فى المـال •

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل

(١) انظر آنفا فقرة ٥٠١ •

المال الشائع قد يكون كبيرا أو قليلا ، بل قد يكون شريكا واحدا • فاذا ملك شريك ثلاثة أرباع المال الشائع ، كان له أن يقرر وحدة التصرف في هذا المال اذا قامت اسباب قوية تدعو الى ذلك •

ولم ير التقنين المدنى الكويتي منح رخصة التصرف في المال الشائع للشريك الواحد الذى يمثل ثلاثة أرباع المال الشائع ، فنص في المادة ٨٢٨ منه على أنه « في الحالات التي ينص فيها القانون على حق اغلبية الشركاء في الادارة غير المعتادة أو التصرف ، لاتتوفر الأغلبيه في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال » •

٥٠٩ — الضمانات المعطاة للأقلية :

ولم يترك القانون الاقلية دون حماية ، كما حماها في خصوص الادارة غير المعتادة على ما قدمنا (١) • فالقرار الذى يصدر من الأغلبيه بالتصرف في المال الشائع لا يكون نافذا فورا ، بل يجب على الأغلبية اعلانه للاقلية • ويكون الاعلان بأية طريقة : ورقه على يد محضر ، أو كتاب مسجل أو غير مسجل ، أو اخطار شفوى ويقع عبء اثباته على الأغلبية • ولأى شريك من فريق الاقلية ، في خلال شهرين من وقت اعلانه بقرار الأغلبية ، أن يعارض في هذا القرار أمام المحكمة المختصة (٢) •

والمحكمة تستوثق أولا من قيام أسباب قوية تستدعى التصرف في العين الشائعة ، فان لم تقتنع بذلك ألغت قرار الأغلبية •

أما اذا اقتنعت بقيام هذه الأسباب القوية ، فانها تنتقل بعد ذلك الى النظر فيما اذا كان من الممكن قسمة العين قسمة عينية لتخليص الشركاء من الشيوع وأطلاق يد كل واحد منهم في نصيبه مفرزا ، فلا يعود الأمر في حاجة الى فرض قرار الأغلبية على الأقلية • والمشروع التمهيدى لنص المادة ٨٣٢ صريح في هذا المعنى اذ يقول : «وللمحكمة أن تقرر، تبعا للظروف ، ما اذا كان التصرف واجبا ، بعد أن تتبين أن قسمة المال الشائع

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٠١ •

(٢) فان لم يعارض احد في خلال شهرين ، اصبح قرار الأغلبية نافذا وملزما للاقلية •

ضارة بمصالح الشركاء » . فتقدير المحكمة ما اذا كان لتصرف واجبا يأتى بعد تبينها أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء . واذا كان النص الذى استقرت عليه المادة ٨٣٢ مدنى ، وهو يقول « وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر .. » ، قد غير من ترتيب العبارات ، فانه لم يقصد تغييرا فى المعنى ، بل ان هذا التغيير قد وصف بانه مجرد تعديل لفظى (١) . فاذا رات المحكمة أن القسمة العينية لا تضر بمصالح الشركاء ، امرت بها ، ولو من تلقاء نفسها ، دون أن يطلبها أحد من الشركاء (٢) .

أما اذا تبينت المحكمة أن القسمة العينية ضارة بمصالح الشركاء ، فانها تنتقل أخيرا الى تقرير ما اذا كان التصرف الذى قررته الأغلبية تصرفا حكيما تبرره الظروف القائمة وليس فيه غبن فادح . فهى فى النهاية تقدر ، تبعا للظروف ، « ما اذا كان التصرف واجبا » . فان رأته واجبا أمرت به ، ونفذته الأغلبية وفقا للقرار الذى اتخذته فى هذا الشأن ، بعد أن أعطيت الأقلية الضمانات المعقولة للاستيثاق من صواب هذا القرار . وان تراه المحكمة واجبا ، ألغت قرار الأغلبية ، ولم يعد التصرف ممكنا بعد ذلك الا باجماع الشركاء (٣) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٠٦ فى الهامش — وانظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٦٧ ص ١١٤ — محمد على عرفة فقرة ٣٠٣ مكررة ص ٤٠٧ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٧ ص ١٦٨ — حسن كيرة فقرة ١١٢ ص ٣٦٣ هامش ١ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٤ ص ١٥٢ .

(٢) انظر عكس ذلك وان المحكمة لا تقضى من تلقاء نفسها بالقسمة العينية ، بل يجب ان يطلب القسمة احد الشركاء : اسماعيل غانم فقرة ٧٥ ص ١٦٣ — ص ١٦٤ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٣ .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى المعانى التى تضمنها ما يأتى : « سار المشروع فى تغليب رأى الأغلبية الى حد بعيد ، اذ اجاز لأغلبية أعلى من الأغلبية المعتادة (شركاء يملكون على الأقل ثلاثة ارباع قيمة المال) أن تتصرف فى المال الشائع بالبيع أو المقايضة مثلا ، اذا كانت هناك أسباب قوية تدعو الى ذلك ، كأن يكون هذا التصرف فى مصلحة الجميع ، او أن يكون استغلال المال الشائع فى حالته التى هو عليها متعذرا . وقرار

المبحث الأول

تصرف الشريك منفردا

٥١٠ — تصرف الشريك فى حصته الشائعة وتصرفه فى شىء مفرز :
قدمنا (١) أن الشريك قد يتصرف منفردا فى حصته الشائعة وهذا هو الغالب ، وقد يتصرف منفردا كذلك فى شىء مفرز ، أما فى جزء مفرز من المال الشائع أو فى المال الشائع كله •

المطلب الأول

تصرف الشريك فى حصته الشائعة

٥١١ — حكم هذا التصرف وما يترتب عليه من جواز استرداد الشركاء للحصة الشائعة :
نبين فيما يلى حكم تصرف الشريك فى حصته الشائعة ، ثم نبين ما يترتب على هذا التصرف من جواز استرداد باقى الشركاء لهذه الحصة اذا كانت شائعة فى منقول •

١ — حكم تصرف الشريك فى حصته الشائعة

٥١٢ — صحة التصرف ونفاذه فى حق باقى الشركاء :
يجوز للشريك أن يتصرف فى حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف، وقد رأينا أن المادة ١/٨٢٦ مدنى تنص على أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها •• » (٢) •

الإغلبية ملزم للأقلية ، الا ان لهؤلاء حق التظلم الى المحكمة . ولهذه أن تراجع قرار الأغلبية ، ولا تقره الا اذا رات أنه يحقق المصلحة ، وان الالتجاء الى انهاء الشيوع عن طريق قسمة المال المشاع ضار بمصالح الشركاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥) •

(١) انظر آنفا فقرة ٥٠٣ •

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٨٦ •

فيجوز لشريك أن يتصرف فى حصته معاوضة كأن يبيعها أو يقايض عليها ، أو تبرعا كأن يهبها •

ويجوز أن يصدر التصرف الى أحد الشركاء الآخرين أو اليهم جميعا (١) ، كما يجوز ان يصدر الى أجنبى من غير الشركاء (٢) • وفى حالة التصرف الى أجنبى ، يجوز لباقى الشركاء أن يستردوا الحصة المبيعة فى المنقول كما سنرى •

ومتى تم التصرف ، كان صحيحا نافذا فى حق باقى الشركاء ، دون حاجة الى أى اجراء آخر • فليس ضروريا أن يعلن التصرف الى باقى الشركاء أو أن يوافقوا على التصرف ، كما فى حوالة الحق ، لأننا هنا فى صدد حق عينى لا حق شخصى • ولكن اعلان باقى الشركاء بالتصرف يكون مفيدا ، اذ يجعل ميعاد الحق فى الاسترداد فى المنقول أو الحق فى الأخذ بالشفعة فى العقار يسرى على هؤلاء الشركاء •

ويترتب على التصرف فى الحصة الشائعة أن يحل المتصرف له — المشترى أو الموهوب له مثلا — محل الشريك المتصرف فى ملكية الحصة

---

(١) واذا صدر التصرف من شريك الى شريك ، وترتب على ذلك أن زالت حالة الشيوع ، فان هذا التصرف يعتبر فى حكم القسمة بطريق التصفية ، كما لو بيع المال الشائع كله لأحد الشركاء . انظر فى ذلك اسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٨١ — ص ١٨٢ وكذلك هامش ٢ من ص ١٨٢ والمراجع المشار اليها .

(٢) ويكون هذا تصرفا فى حصة شائعة ولو كان الشريك البائع واضعا يده على قدر مفرز (نقض مدنى ١٦ ابريل سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٩٩١) . واذا جاوز الشريك البائع مقدار نصيبه الشائع ، كان البيع غير نافذ فى حق باقى الشركاء فيما جاوز هذا النصيب (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٧٥) .

ولا يمنع الشريك من التصرف فى حصته الشائعة إتفاقه مع شركائه الآخرين على البقاء فى الشيوع مدة معينة ، فهذا الاتفاق انما يمنعه من طلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق عليها ، ولايمنعه من التصرف فى حصته الشائعة . ويتقيد المشترى لهذه الحصة ، باعتباره خلفا خاصا ، بالاتفاق على البقاء فى الشيوع المدة المعينة فى الاتفاق . انظر اسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٨٧ — ص ١٧٩ .

الشائعة ، ويصبح هو الشريك فى المال الشائع بدلا من الشريك المتصرف. ويلاحظ أنه يجب تسجيل التصرف اذا كانت الحصة الشائعة عقارا حتى تنتقل الملكية الى المتصرف اليه ، ويستوى فى ذلك أن يكون هذا العقار قائما بذاته أو داخلا فى مجموع من المال كما لو تصرف الوارث فى نصيبه الشائع فى التركة وكانت التركة تشتمل على عقارات (١) .

وكما يجوز للشريك التصرف فى كل حصته الشائعة ، يجوز له كذلك أن يتصرف فى بعضها شائعا . فاذا كان مثلا يملك فى المال الشائع النصف، جاز له ان يبيع نصف هذه الحصة ، فيبيع ربع كل المال الشائع . ويدخل المشترى شريكا فى المال الشائع بقدر الربع مع سائر الشركاء ، ومنهم الشريك البائع الذى يبقى شريكا بقدر الربع بعد أن باع نصف حصته الشائعة .

واذا كانت العين الشائعة داخلة فى مجموع من المال الشائع ، كما لو كانت دارا داخلة فى تركة ، وباع الوارث حصته الشائعة فى الدار وحدها دون سائر الأموال الشائعة ، جاز ذلك ، وحل المشترى محل الوارث شريكا فى هذه الدار مع سائر الورثة . ولابد ، فى هذه الحالة ، لازالة الشيوع ، من اجراء قسمين : القسمة الأولى بين المشترى وسائر الورثة فى الدار التى أصبح المشترى شريكا فيها ، والقسمة الأخرى بين الوارث الذى باع حصته فى الدار وسائر الورثة فى بقية أموال التركة . وتجنبا لهذا التعقيد قضت بعض التشريعات بأنه لا يجوز التصرف فى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا اشترى شخص من احد الشركاء نصيبه أو بعضه شائعا وسجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ، اعتبر المشترى من الغير ، وبالتالى لا يحتج عليه بهذه القسمة . يستوى فى ذلك ان يكون شراؤه سابقا على اجراء القسمة أم لاحقا لها ، ويصبح فى الحالين شريكا فى العقار الشائع بقدر الحصة التى اشتراها . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار قضاء أو اتفاقا ، بل له ان يطلب اجراء قسمة جديدة اذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٦ رقم ١٨٤ صفحة ١١٧٢) .

حصة شائعة فى مال داخل فى مجموع الا باتفاق الشركاء (١) . وذهب بعض الفقهاء فى فرنسا الى أن التصرف صحيح ولكن أثره يتوقف على نتيجة القسمة ، فان وقعت العين التى تصرف الوارث فى حصته الشائعة فيها فى نصيب هذا الوارث صح تصرفه فى حصته ، وان وقعت فى نصيب غيره من الورثة تبين أن الوارث لم يكن مالكا للحصة التى باعها وكان حكم بيعه لهذه الحصة هو حكم بيع ملك الغير (٢) . ولكن محكمة النقض فى مصر ذهبت الى عكس هذا الرأى . وقضت بأن للشريك على الشيوع فى عدة عقارات أن يبيع حصته شائعة فى بعض العقارات ، واذا سجل المشترى عقده انتقلت اليه حصة البائع فى هذا البعض من العقارات شائعا، ويصبح المشترى دون الشريك هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الأعيان (٣) .

٥١٣ ـ ترتيب حق عينى أصلى على الحصة الشائعة :

أهم الحقوق العينية الأصلية ـ عدا حق الملكية ـ هى حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر . أما الحكر فتستعصى طبيعة الشيوع عليه ، ومن ثم لا يجوز لصاحب الحصة الشائعة أن يرتب حق حكر على حصته لأن الحكر يقتضى البناء أو الغراس فى أرض مفرزة . هذا الى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه الا على أرض موقوفة ، والأرض الموقوفة لا تكون شائعة ، بل هى مملوكة للوقف .

وكذلك حق الارتفاق لا يرد على حصة شائعة ، فلا يجوز للشريك فى العقار الشائع أن يرتب على حصته الشائعة حق ارتفاق ، لأن حق الارتفاق يقتضى مباشرة صاحب هذا الحق أعمالا لا تصح مباشرتها

---

(١) انظر المادة ٢٠٣٣ من التقنين المدنى الالمانى .

(٢) Jonasco فقرة ١٠٢ ـ Vincent فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٢٨٤ وما بعدها .

(٣) نقض مدنى ٢٠ اكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ ـ وانظر اسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٨٠ وهامش ٢ ـ حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٠ هامش ١ ـ منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٤ هامش ١ .

الا على عقار مفرز (١) . وقد رأينا (٢) أنه يجوز لجميع الشركاء في العقار الشائع أن يرتبوا معا حق ارتفاق على هذا العقار ، ويبقى حق الارتفاق على العقار كله أيا كانت نتيجة القسمة (٣) .

بقي حق الانتفاع ، وهذا يمكن دون شك لصاحب الحصة الشائعة أن يرتبه على حصته . ويكون لصاحب حق الانتفاع في الحصة الشائعة جميع الحقوق التي يخولها هذا الحق بما يتلاءم مع الشيوع ، فيجوز له أن يستغل الحصة الشائعة ويقوم بادارتها ادارة معتادة مع سائر الشركاء في المال الشائع (٤) ، وتسري أحكام الادارة المعتادة في المال الشائع هنا ، واذا اقتضى شأن من شؤون هذه الادارة أغلبية الشركاء اعتد برأي صاحب حق الانتفاع لا برأي الشريك صاحب الرقبة . أما فيما يجاوز الادارة المعتادة الى الادارة غير المعتادة ، وكذلك في

---

(١) عبد المنعم البدراوي فقرة ٢٨٠ ص ٣١٨ — اسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هامش ٢ — حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٣٩٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ هامش ١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٠٥ .

(٣) وكما لا يجوز ترتيب حق ارتفاق على حصة شائعة كذلك لا يجوز ترتيبه لمصلحة حصة شائعة ، لأن حق الارتفاق غير قابل للتجزئة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٣ — عبد المنعم البدراوي فقرة ٢٨٠ ص ٣١٨ — اسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هامش ٢ — حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٣٩٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ هامش ١) .

(٤) وعلى هذا الأساس يستطيع صاحب حق الانتفاع أن يتفق مع سائر الشركاء على مهايأة مكانية او زمانية ، فان هذا الضرب من القسمة يدخل في شؤون الادارة المعتادة ، ولكن يلزم اجماع الشركاء عليه كما قدمنا ، ويدخل في هذا الاجماع صوت صاحب حق الانتفاع دون صوت الشريك صاحب الرقبة . ولكن قسمة المهايأة المكانية التي تتم باتفاق مع صاحب حق الانتفاع لا تنقلب بعد خمس عشرة سنة الى قسمة نهائية ، لأن الشريك صاحب الرقبة ، وهو وحده الذي يملك القسمة النهائية ، لم يكن طرفا في المهايأة المكانية . واذا كانت المهايأة قد تمت من قبل أن يتقرر حق الانتفاع ، فان صاحب هذا الحق يلتزم بها ، فاذا كانت مهايأة مكانية ودامت خمس عشرة سنة فانها تنقلب الى قسمة نهائية اذ أن الشريك صاحب الرقبة قد كان طرفا فيها قبل أن يرتب حق الانتفاع — انظر حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٢ هامش ٢ .

أعمال التصرف وفى طلب القسمة ، يكون الشريك صاحب الرقبة هو صاحب الشأن فى ذلك ، ولا شأن لصاحب حق الانتفاع (١) . واذا انقضى حق الانتفاع قبل انقضاء الشيوع ، آلت الملكية كاملة الى الشريك صاحب الرقبة وعاد يمارس جميع حقوق الشريك . أما اذا بقى حق الانتفاع قائما بعد انقضاء الشيوع ، بأن قسمت العين الشائعة مثلا ووقع منها جزء مفرز فى نصيب الشريك صاحب الرقبة ، فان حق الانتفاع ينتقل الى هذا الجزء المفرز بحكم الحلول العينى (٢) .

٥١٤ — ترتيب حق عينى تبعى على الحصة الشائعة :

الحقوق العينية التبعية هى حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز . ويجوز أن تترتب كل هذه الحقوق على الحصة الشائعة .

فيجوز أن يترتب حق امتياز على الحصة الشائعة اذا باعها صاحبها ولم يقبض الثمن كله ، فيكون له حق امتياز على الحصة الشائعة التى باعها ، سواء كانت عقارا أو منقولا ، بما يتبقى له من الثمن .

ويجوز أن يترتب حق اختصاص على الحصة الشائعة ، فيحصل دائن صاحب الحصة الشائعة فى عقار على اختصاص بهذه الحصة ، اذا كان قد استوفى الشروط المقررة قانونا .

ويجوز كذلك أن يرهن صاحب الحصة الشائعة فى عقار حصته

---

(١) اسماعيل غانم فقرة ٧٩ ص ١٧٦ هامش ٢ — حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠١ — ص ٤٠٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦١ .

(٢) وهذا ما يصح الأخذ به طبقا للنظرية الحديثة فى الحلول العينى (انظر آنفا فقرة ١٥٧ وما بعدها) . فقد قدمنا عند الكلام فى هذه النظرية ان حق الانتفاع ينتقل من الشىء الى عوضه بحكم الحلول العينى (م ٩٩٤/١) . ونقيس هنا على حالة الشىء المحمل بحق الانتفاع وحلول ما يقوم مقامه من عوض مكانه بحكم الحلول العينى (انظر آنفا فقرة ١٦٢ فى آخرها) حالة انقلاب المال المحمل بحق الانتفاع من حصة شائعة الى مال مفرز .

رهناً رسمياً وقد نصت المادة ١٠٣٩ / ٢ مدنى صراحة على جواز ذلك فقالت : « واذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة ٠٠ » ٠

ويجوز أخيرا أن يرهن صاحب الحصة الشائعة حصته رهن حيازة ٠ ولا يحول دون ذلك أن رهن الحيازة يقتضى حيازة الشيء المرهون حتى يكون نافذا فى حق الغير ، فان الحصة الشائعة قابلة لأن تكون محلا للحيازة ٠ ويتحقق ذلك مثلا فيما اذا وضع المال الشائع كله تحت يد الدائن المرتهن رهن حيازة ، فيحوزه بصفته دائنا مرتهنا بالنسبة الى الحصة الشائعة التى ارتهنها ، وبصفته مديرا للمال الشائع بالنسبة الى باقى الحصص ٠ كذلك قد يوضع المال الشائع كله تحت يد أحد الشركاء الآخرين أو تحت يد أجنبى ، فيحوزه بصفته عدلا بالنسبة الى الحصة الشائعة المرهونة . وبصفته مديرا بالنسبة الى باقى الحصص ٠ وقد يكون المال الشائع مقسوما بين الشركاء قسمة مهايأة ، فيحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن فى حيازة النصيب المفرز الذى خلص لهذا الأخير من قسمة المهايأة ٠ وهكذا نرى أن هناك صورا متعددة لحيازة الحصة الشائعة حيازة مادية ، ويترتب على ذلك أن شيوع الحصة لا يمنع من امكان رهنها رهن حيازة (١) ٠ كما قدمنا ٠

واذا بقى الشيوع حتى حل الدين المضمون بأحد هذه الحقوق العينية التبعية ، فحل المؤجل من الثمن فى حق الامتياز ، أو اعتزم الدائن التنفيذ بحقه على الحصة الشائعة التى أخذ عليها حق اختصاص ، أو حل الدين المضمون برهن رسمى أو رهن حيازة حملت به الحصة الشائعة ، فان الدائن ينفذ على الحصة الشائعة وهى لا تزال فى

---

(١) محمد علي عرفة فقرة ٣٠١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٦ — اسماعيل غانم فقرة ٨١ ص ١٨٢ — ص ١٨٣ — حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٢ هامش ٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٧ ص ٢١٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٢ هامش ١ — عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات فقرة ٤٣٥ — شمس الدين الوكيل فى التأمينات طبعة ثانية فقرة ١٦٨ ص ٤٦٠ — ص ٤٦١ ٠

الشيوع • فتباع هذه الحصة جبرا على صاحبها ، ويحل الراسى عليه المزاد محل الشريك صاحب الحصة ويصبح شريكا مكانه مع سائر الشركاء فى المال الشائع • ولا يوجد نص فى القانون المصرى ، كما وجد هذا النص فى القانون الفرنسى (م ٢٢٠٥ مدنى فرنسى) ، يمنع من التنفيذ على الحصة الشائعة ويوجب افرازها قبل التنفيذ عليها •

أما اذا تمت القسمة قبل أن ينفذ الدائن بحقه ، فان فى التقنين المدنى المصرى نصا فى هذه المسألة فى خصوص الرهن الرسمى • اذ تقول المادة ١٠٣٩/٢ مدنى : « واذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى عقار •• ، وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل » •• ونرى من هذا النص أن العقار المفرز الذى يقع بعد القسمة فى نصيب الشريك الراهن لحصته الشائعة رهنا رسميا فى عقار واحد من عقارات متعددة شائعة يحل حلولا عينيا محل الحصة الشائعة المرهونة ، وينتقل الرهن الرسمى اليها (١) • وسنتناول هذا

---

(١) ويعتبر من تطبيقات الحلول العينى ، ليست فحسب هذه الصورة ، بل ايضا صورة ما اذا كان هناك عقار شائع واحد رهن احد الشركاء فيه حصته على الشيوع ، ثم قسم العقار على الشركاء . فينتقل الرهن من حصة الشريك الشائعة الى نصيبه المفرز ، ويكون ذلك بفضل الحلول العينى ، وقد سبق أن قررنا هذا الحكم فى خصوص انتقال حق الانتفاع من الحصة الشائعة الى الجزء المفرز الذى حل محلها (انظر آنفا فقرة ٥١٣ فى آخرها وقارن منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٧) .
ويذهب كثير من الفقهاء الى ان ورود الرهن بعد القسمة على الجزء المفرز بدلا من الحصة الشائعة لا يعتبر من قبيل الحلول العينى ، بل هو مجرد اثر طبيعى للقسمة (اسماعيل غانم فقرة ٨١ ص ١٨٣ — حسن كيرة فقرة ١٢٠ ص ٤٠٣ هامش ١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٧ ص ٢١٠ — شمس الدين الوكيل فى التأمينات طبعة ثانية فقرة ٤٥ ص ١١٢ هامش ١ — وانظر عكس ذلك وان المال المفرز يحل حلولا عينيا محل الحصة الشائعة منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٦ هامش) .
ونحن نفضل الأخذ بفكرة الحلول العينى وان المال المفرز يحل حلولا عينيا محل الحصة الشائعة . ذلك أن حق الرهن لما وقع على الحصة الشائعة ، كان محله هذه الحصة ذاتها . ولا نقف عند الاعتراض القائل بأن =

النص بالشرح المفصل عند الكلام فى الرهن الرسمى • وقد قدمنا أن كلا من حق الاختصاص وحق الامتياز وحق رهن الحيازة يسرى عليه نفس الحكم المقرر فى الرهن الرسمى (١) •

وغنى عن البيان أنه اذا وقع العقار المرهون حصة شائعة فيه بعد القسمة فى نصيب الشريك الراهن ، تركز الرهن (أو الاختصاص أو الامتياز) على هذا العقار فى الحصة الشائعة التى رهنت ابتداء (٢) •

= الحق العينى لابد ان يتركز على شىء مادى ، فخاصية الشيوع هى بالذات هذه الحصص الشائعة التى ينقسم اليها حق الملكية ، مع عدم انقسام المال الشائع . فاذا رهن الشريك حصته الشائعة ، فانه يكون بذلك قد رتب حق الرهن على هذه الحصة الشائعة لا على المال الشائع . فاذا قسم المال الشائع ، ووقع فى نصيب الشريك الراهن جزء مفرز ، فان هذا الجزء المفرز يكون شيئا آخر غير الحصة الشائعة التى كانت للشريك من قبل ، ويحل محلها حلولا عينيا ، ومن ثم ينتقل الرهن من الحصة الشائعة الى الجزء المفرز بموجب الحلول العينى (انظر آنفا فقرة ٤٨٥ فى هامشها الأخير) .

(١) انظر آنفا فقرة ١٦٢ — ويشترط بطبيعة الحال ان يكون قد وقع فى نصيب الشريك الراهن عين تقبل نوع الرهن الذى صدر منه ، فان كان الرهن رهنا رسميا ووقعت فى نصيبه منقولات فلا يجوز أن ينتقل اليها الرهن الرسمى . وقد تتعذر القسمة عينا فيباع المال الشائع ، ويكون للشريك الراهن جزء من ثمنه ، أى مبلغ من النقود ، فلا يكون للدائن المرتهن فى هذه الحالة الا أن ينفذ على هذا المبلغ . وليس له تتبع العقار لدى الراسى عليه المزاد ، فان العقار قد تطهر من الرهون بموجب حكم مرسى المزاد (محمد على عرفة فقرة ٣٠٠ ص ٣٩٧ — ص ٣٩٨ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٢٥ ص ١٥٤ — ص ١٥٥ وفقرة ١٣٠ — اسماعيل غانم فقرة ٨١ ص ١٨٤ — ص ١٨٥) .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٦٦ ص ٤٤٦ — بلانيول وريبير وبيكيه فقرة ٤٢٣ ص ٤٥٧ — عبد الفتاح عبد الباقى فى التأمينات العينية والشخصية فقرة ٢٢٤ ص ٣٣٦ — سليمان مرقس فى التأمينات العينية فقرة ٤٩ ص ٧٩ — محمد على امام فى التأمينات العينية والشخصية فقرة ١٥٧ ص ٢٥٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٤ — محمد على عرفة فقرة ٣٠٠ ص ٣٩٩ — انظر عكس ذلك وان العقار كله لا حصة منه فقط يصبح مرهونا دى باج ودكرز فقرة ٤٨٣ ص ٤٠٦ — احمد سلامة فى التأمينات العينية — الرهن الرسمى فقرة ٥٠ ص ١٧٣ .

وانظر الأستاذ منصور مصطفى منصور ، ويقترح من الناحية التشريعية تعميم القاعدة الواردة فى المادة ٢/١٠٣٩ مدنى فى خصوص رهن الحصة الشائعة ، فتسرى على كل حق أو قيد عينى يرد على حصة الشريك =

٢ — استرداد الحصة الشائعة

٥١٥ — نص قانوني :

تنص المادة ٨٣٣ مدني على ما يأتي :

« ١ — للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة . وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلانه به . ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشتري ، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته اذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » .

« ٢ — واذا تعدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » (١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٥٦١/٤٦٢ (٢) .

= في الشيوع ، فينتقل الحق او القيد ، بحكم الحلول العيني ، من الحصة الشائعة الى ما حل محلها بموجب القسمة من مال مفرز (منصور مصطفى منصور فقرة ٦٧ ص ١٦٥ — ص ١٦٧) .

(١) **تاريخ النص :** ورد هذا النص في المادة ١٢٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع كان يجعل ميعاد اعلان الرغبة في الاسترداد شهرا من يوم اعلان الشريك بالبيع . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٠٤ في المشروع النهائي ، بعد ان عدلته فجعلت الميعاد ثلاثين يوما من يوم العلم أو الاعلان . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٠٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٧ — ص ٩٩) .

(٢) **التقنين المدني السابق** م ٤٦٢ / ٥٦١ : يجوز للشركاء في الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التي باعها احدهم للغير ، ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية او النافعة . (ويختلف التقنين السابق عن التقنين الجديد في أن الأول يجعل الاسترداد في المنقول والعقار ، فيتزاحم في العقار حق الاسترداد وحق الشفعة) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربيـــة الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٤٢ — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقـــابل — وفى قانون الموجبـــات والعقود اللبنـــانى المادة ٨٣٨ — ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى الكويتى — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٣٢ (١) .

ويخلص من هذا النص أن القانون أعطى للشريك فى الشيوع حق استرداد الحصه الشائعة التى باعها شريك آخر . وسنرى أن فى الشفعة أيضا يكون للشريك فى الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التى باعها شريك آخر ، فحق الاسترداد (retrait d'indivision) وحق الشفعة (préemption) متمـــاثلان من هذا الوجه . وقد كان التقنين المدنى الســـابق يطلق حق الاسترداد فى المنقول والعقار ، فترتب على ذلك ان تزاحم فى العقـــار حق الاسترداد مع حق الشفعة ، ولكل من الحقين اجراءاته الخاصـــة به . وقد أراد التقنين المدنى الجديد تجنب هذا التزاحم ، فرسم لكل من الحقين نطاقه الخاص . فحق الشـــفعة . ومصـــدره التاريخى هو الشريعة الاسلامية . انما يرد فى بيع حصة شائعة فى العقار ، وقد يرد

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى : لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٣٨ : اذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة من شخص آخر ، فلسائر الشركاء أن يتذرعوا بحق الشفعة وفاقا للأحكام القانونية المختصة . (وقد عمم القانون اللبنانى أحكام الشـــفعة فجعلها فى العقار وفى المنقول) .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل للنص فيه .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٣٢ : للشريك على الشيوع بيع حصـــته بلا اذن الشريك الآخر الا فى صورة الخلط والاختلاط ، فانه لا يجـــوز البيع بغير اذن شريكه وليس له أن يتصرف فى حصته تصرفا مضرا بدون اذن شريكه.

(لم يأخذ التقنين الأردنى بحق الشريك فى استرداد حصـــة شريكه المبيعة كما فعل التقنين المصرى ، ولـــكن اكتفى بحظر بيـــع الشريك لحصـــته الا باذن شريكه فى حالة الخلط والاختلاط أو اذا كان تصرفه ينجم عنه ضرر) .

فى غير الشيوع ، ومن ثم لا يمكن قصره على الشـيوع فوجبت معالجته ضمن أسباب كسب الملكية . أما حق الاسترداد ، ومصدره التاريخى هو القانون الفرنسى (١) ، انما يرد فى بيع حصة شـائعة فى المنقول أو فى مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقـار . فهذا الحق هو اذن ملازم للشيوع ، ولذلك نعالجه فى هذا المكان (٢) .

---

(١) ومع ذلك فقـد خـالف التقنين المصرى التقنين الفرنسى فى حق الاسترداد من وجوه مختلفة . منها ان هذا الحق مقصور فى فرنسـا على الشيوع الوراثى ، وهو جائز فى مصر ايا كان سبب الشـيوع . ثم هو فى فرنسا لا يرد الا فى مجموع من المال هو التركة ، ويرد فى مصر ، الى جانب المجموع من المال ، فى المنقول الشـائع القائم بذاته . وفى فرنسـا يصـح استعمال الحق فى اية معاوضة ولو لم تكن بيعـا ، أما فى مصر فلا يصـح استعمال الحق الا فى البيع . وليس لاسـتعمال الحق فى فرنسـا مواعيد معينة ، أما فى مصر فيتعين استعماله فى خلال مدة معينة .

انظر فى حق الاسترداد فى فرنسا : اوبرى ورو ١٠ طبعة خامسة فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٢٥ — ص ١٥٠ — بيدان وليبال ٥ مكرر فى المواريث طبعـة ثانية سنة ١٩٣٦ فقرة ٨٨٧ وما بعدها — بلانيول وريبير وهودى وفيالتون ٤ فى المواريث طبعة ثانية سـنة ١٩٥٥ فقرة ٥٥١ وما بعـدها بلانيول وريبير وبولانجيه ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨١٦ وما بعدها — بودرى وفال فى المواريث ٣ طبعة ثالثة فقرة ٢٥٧٥ وما بعدها — انسيكلوبيدى داللوز ٥ سنة ١٩٥٥ لفظ Succession ص ١٩٦ — ص ٢٠٤ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، فى خصـوص الفصل ما بين نطاق حق الشفعة ونطاق حق الاسترداد ، ما يأتى : « قصر المشروع حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول دون العقـار ، وجعل الشفعة فى العقار مغنية عن هذا الحق ، حتى لا تتضارب الحقوق فى الميدان الواحد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨) .

وهناك فروق كثيرة ما بين حق الشـفعة وحق الاسـترداد ، تبررها الأهمية العمليـة الواضحة لحق الشـفعة وكثرة ممارسـة هذا الحق فى التعامل ، واختلاف مصـدره التاريخى عن المصـدر التاريخى الذى لحق الاسترداد . وقد كان واجبا أن يحتفظ التقنين المدنى الجديد بحق الشفعة للأسباب المتقدمة ، وان يعتد فيها بأحكام الشريعة الاسـلامية وبما قرره القضاء والفقه من مبادىء كثيرة هامة فى عهد التقنين المدنى السابق . ولم يكن سديدا اخضاع حق الاسترداد لجميع القواعد المعقدة المقـررة فى حق الشفعة (انظر مع ذلك اسماعيل غانم فقـرة ٨٢ ص ١٨٧ — حسن كيرة فقرة ١٢١ ص ٤٠٦ — ص ٤٠٧ مع ندرته فى العمل ، لمجرد التماثل فى الطبيعة ما بين حق الشفعة وحق الاسترداد . كذلك لم يكن سـديدا حذف حق الاسترداد فى المنقول والمجموع من المال ، فلا يزال هذا الحق مفيـدا فى =

ويتبين من النص الذى أسلفناه أن لحق الاسترداد شروطا يجب توافرها ، وله اجراءات خاصة به ، وتترتب عليه آثار معينة .

(أ) شروط حق الاسترداد

٥١٦ — نطاق حق الاسترداد :

نحدد أولا نطاق حق الاسترداد ، فهذا النطـاق هو الذى يهيمن على شروطه . وقد قدمنا أن حق الاسترداد لا يرد الا فى منقول شائع قائم بذاته ، والا فى مجموع من المال ولو اشـــتمل هذا المجموع على عقـــار .

فالعقار الشـائع المعين بالذات لا يكون محلا لحق الاســترداد ، وانما هو محل لحق الشفعة الذى سنبسط أحكامه عند الكلام فى أسباب كسب الملكية . وحق الشفعة هو الذى يرد ، حتى لو كان سبب الشيوع فى العقار هو الميراث ، وحتى لو كان العقار هو كل ما تركه المورث . فاذا باع أحد الورثة لأجنبى حصته الشائعة فى عقار معين بالذات ، ولو كان هذا العقـــار داخلا فى التركة ، بل لو كان هو كل التركة ، فان أخذ باقى

= هذه الدائرة . فاقتضى الأمر الجمع بين الحقين ، مع تحديد نطاق كل منهما على الوجه الذى بيناه .

وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة والاسترداد ، وان كانا متفقين فى أن كلا منهما يؤدى الى نوع من الافتئات على حرية التبايع والى نزع الملك جبرا على مشتريه ، فانهما مع ذلك حقان متغايران من حيث المصدر والحكمة والسبب والمحل . وذلك بأن الشفعة مصدرها القوانين الاسلامية ، وحكمتها دفع ضرر شريك جديد أو جار طارىء ، وسببها الموجب لها هو اتصال ملك الشـفيع بالمبيع اتصال شركة او جوار ، ومحلهـا ان يكون المبيع عقـارا فلا شفعة فى منقول . أما الاسترداد فمصدره القانون الفرنسى ، وحكمتـه حفظ أسرار التركات وكف الأجانب عن النفاذ اليها وجعل الورثة فى مأمن من دخيل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم العائلى ، وسببه الشركة فى الارث ، ومحله ان يكون المبيع حصة أو جزءا من حصة شـائعة فى التركة عامة منظورا اليها كوحدة قانونية تنتظم كل ما يقوم بمال من الحقوق والواجبات (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء اول ص ٢١٥) .

الورثة لهذه الحصة من الأجنبى انما يكون عن طريق حق الشفعة لا عن طريق حق الاسترداد (١) .

وقد كان القضاء . فى عهد التقنين المدنى السابق ، قد استقر بعد تردد على قصر حق الاسترداد على المجموع من المال (٢) ، دون المنقول

---

(١) نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٩٤ ص ٥٣١ — ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥ — اسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٨٩ — حسن كيرة فقرة ١٢٣ ص ٤١١ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٦ .

(٢) كان القضاء فى مبدأ الأمر يذهب الى جواز استرداد الحصة الشائعه فى مجموع من المال او فى عين معينة يصعب على المشترى تسلمها بدون ان يطلع على اسرار التركة (استئناف وطنى دوائر مجتمعة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ — نقض مدنى ٨ يونية سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٠ ص ٤١٤ — ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٩ ص ٦٦٨) . ثم عدل عن ذلك ، واستقر على قصر حق الاسترداد على الحصة الشائعة فى المجموع من المال ، دون الحصة الشائعة فى عين معينة بالذات : لأن حلول أجنبى محل أحد الشركاء فى جزء شائع فى مجموع التركة هو وحده الذى قدر فيه الشارع الفرنسى مظنة اذاعة اسرار التركة وافساد محيطها ، ولهذا نيط ثبوت حق الاسترداد فى فرنسا ببيع حصة شائعة فى مجموع الملك كله ، لا ببيع حصة شائعة فى عين معينة منه . واذا كان هذا هو مناط الاسترداد فى فرنسا ، فهو بذاته مناطه فى مصر ، اذ ليس فى نص المادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدنى (قديم) ما يفيد أن الشارع المصرى أراد بوضعها استحداث قاعدة جديدة لها عنده حكمة غير الحكمة التى املتها المادة ٨٤١ مدنى فرنسى على الشارع الفرنسى .. وحيث ان الأخذ بمطلق لفظ الحصة الشائعة الذى ورد فى نص المادة ٤٦٢ / ٥٦١ مدنى (قديم) ... يؤدى الى جواز الاسترداد مع جواز الشفعة كلما كان المبيع حصة شائعة فى عقار معين من الملك المشترك ، وهو ما لا يمكن ان يكون الشارع المصرى قد أراده لأنه لم يقيد حق الاسترداد بمثل ما قيد به حق الشفعة من مواعيد واجراءات ، فاذا أجيز الاسترداد مع جواز الشفعة لترتب على هذا الجواز الاستغناء بالاسترداد عن الشفعة خلاصا من قيودها ، وفى ذلك تعطيل للأحكام التى لم تضع هذه القيود عبثا (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٠ ص ٢٤٨ — ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٠ ص ٣٨٠ — ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٨ ص ٤٤٧ — ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧٢ ص ٥٤٦ — ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٤ ص ٥٣١ — ١٢ يونية سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٨ ص ١١٩٤ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٦ ص ١٦٢ — ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٢٢٥) .

المعين بالذات حيث لم يجعل فيه لا استردادا ولا شفعه ، ودون العقار المعين بالذات حيث جعل فيه حق الشفعة دون حق الاسترداد .
أما التقنين المدنى الجديد فهو صريح ، كما رأينا ، فى أن حق الاسترداد يرد فى المجموع من المال وفى المنقول المعين بالذات (م ٨٣٣ مدنى) .

ومثل المجموع من المال هو التركة والمتجر . فاذا باع أحد الورثة حصته الشائعة فى التركة لأجنبى ، كان لباقى الورثة أخذ هذه الحصة من الأجنبى عن طريق حق الاسترداد . حتى لو كانت التركة تشتمل على عقارات كما سبق القول . ما دامت هذه العقارات مندمجة فى هذا المجموع من المال . واذا باع أحد أصحاب المتجر حصته الشائعة فى المتجر لأجنبى ، كان لباقى اصحاب المتجر أخذ هذه الحصة من الأجنبى عن طريق حق الاسترداد .

كذلك يرد حق الاسترداد ، فى التقنين المدنى الجديد ، على المنقول الشائع المعين بالذات ، أى غير المندمج فى مجموع من المال ، كالسيارات والحلى والجواهر والأوانى وأثاث المنزل (١) .

واذ تحدد نطاق حق الاسترداد على هذا النحو ، فان الشروط الواجب توافرها لاستعمال هذا الحق أربعة : ١ — أن يصدر بيع من أحد الشركاء فى الشيوع . ٢ — أن يرد هذا البيع على حصة شائعة فى منقول أو مجموع من المال . ٣ — ان يصدر البيع الى أجنبى عن الشركاء . ٤ — ان يكون المسترد هو أحد الشركاء .

٥١٧ الشرط الأول — صدور بيع من أحد الشركاء فى الشيوع :
يجب أن يصدر عقد بيع من أحد الشركاء فى الشيوع ، ونص المادة ١/٨٣٣ مدنى صريح فى هذا المعنى ، فقد رأيناه يتكلم عن « الحصة

---

(١) ويستوى أن يكون الشيوع ، فى المجموع من المال او المنقول المعين بالذات ، ناشئا عن الارث أو عن غيره . أما فى فرنسا فلا يرد حق الاسترداد ، كما قدمنا ، الا فى الشيوع الوراثى .

الشائعة التي باعها شريك .. » . ولا يقوم مقام البيع أى عقد آخر من عقود التصرف ، تبرعا كان أو معاوضة . فاذا وهب الشريك حصته الشائعة أو أوصى بها ، لم يجز استعمال حق الاسترداد لا فى الهبة ولا فى الوصية ، ذلك أن الشريك انما وهب أو أوصى لاعتبارات شخصية يتعارض معها استعمال حق الاسترداد . كذلك اذا قايض الشريك على حصته الشائعة ، أو وفاها مقابلا لدين عليه ، أو قدمها حصة فى شركة ، لم يجز استعمال حق الاسترداد ، اذ يصعب على الشريك المسترد أن يدفع للأجنبى ما أعطاه هذا فى مقابل الحصة الشائعة . أما فى القانون الفرنسى ، فيجوز الاسترداد فى جميع عقود المعاوضة ، ولو لم تكن بيعا .

وقد اشترط القانون صراحة أن يكون البيع الصادر من الشريك بيعا بالممارسة (م ٨٣٣/١ مدنى) فالبيع بالمزاد لايجواز فيه استعمال حق الاسترداد كما لا تجوز الشفعة فيما سنرى ، اذ كان الشريك الذى يريد الاسترداد يستطيع أن يدخل فى المزاد فلا يمكن الأجنبى من رسو المزاد عليه ، فتخلفه عن ذلك رضاء ضمنى منه بأن يكون الأجنبى شريكا. والبيع بالمزاد الذى يمنع من استعمال حق الاسترداد هو الذى يتم وفقا لاجراءات رسمها القانون ، كما هو الأمر فى الشفعة (١) . فيدخل البيع بالمزاد الاختيارى اذ أن الشريك كان يستطيع الدخول فى المزاد ، ومن ثم لايجوز فيه استعمال حق الاسترداد ، كما لايجوز استعمال حق الشفعة .

ولايجوز طلب الاسترداد الا عند تمام البيع ، أما اذا كان البيع لايزال فى مرحلة الايجاب ولم يتم قبوله ولو كان الايجاب ملزما ، أو

---

(١) انظر المادة ٩٣٩/١ (أ) مدنى — وانظر اسماعيل غانم ٨٣ ص ١٨٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٠ ص ٢١٥ — حسن كيرة فقرة ١٢٤ ص ٤١٣ هامش ١ .

كان من باب أولى فى مرحلة تسبق مرحلة الايجاب الملزم ، فان الاسترداد يكون سابقا لأوانه .

وقد أكدت محكمة النقض المبادىء المتقدمة ، اذ قضت بعدم جواز الاسترداد فى أثناء اجراءات البيع بالمزاد لعدم امكان القسمة عينا ، « لأن الحكمة فى تخويل هذا الحق للشركاء هى منع تدخل الأجنبى فى الملكية الشائعة ، وهذه الحكمة تتوافر بطبيعتها فى البيع بالمزاد اذ لهم أن يشتركوا فيه ويشتروا الحصة المعروضة للبيع ويمنعوا الأجنبى من التدخل فى الشركة . كما أن طلب المطعون عليه قسمة العين المشتركة وبيعها بالمزاد وتحديد ثمن أساسى لهذا البيع لايعتبر عرضا ملزما له بالثمن الذى حدده . لأن تحديد ثمن للبيع عند عدم امكان القسمة عينا انما هو للمزايدة » (١) .

٥١٨ — الشرط الثانى — ورود البيع على حصة شائعة فى منقول أو مجموع من المال :

ويجب ثانيا أن يبيع الشريك حصته الشائعة ، كلها أو بعضها ، فى منقول أو مجموع من المال ، وقد سبق بيان المقصود من المنقول والمجموع من المال (٢) . واذا باع الشريك كل حصته الشائعة . فان الأجنبى المشترى يحل محله فى الحصة شريكا مع الشركاء الآخرين ، وهذا ما أراد القانون منعه بتقريره حق الاسترداد ، حتى لا يقتحم أجنبى حرم الشركاء ، واذا باع الشريك بعض حصته الشائعة ، نصفها أو ربعها مثلا ، فقد تحققت الحكمة كذلك من تقرير حق الاسترداد ، اذ يدخل الأجنبى المشترى هنا أيضا شريكا مع نفس الشريك البائع ومع سائر الشركاء ، فاذا كان الشريك البائع قد ارتضاه شريكا معه . فأن الشركاء الآخرين لم يرتضوه .

---

(١) نقض مدنى ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض ٤ رقم ٩ ص ٤٥ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥١٦ .

ولابد أن يكون المبيع حصة شائعة ، أما اذا باع الشريك جزءا مفرزا ، فان المشترى لا يدخل شريكا بمجرد شرائه هذا الجزء المفـرز . وسنرى أن المادة ٨٢٦ ٢ مدنى تجعل حقه موقوفا على نتيجة القسمه ، فاما أن يثبت على الجزء المفرز الذى اشتراه اذا وقع هذا الجزء فى نصيب الشريك البائع ، أو ينتقل حقه الى الجزء المفرز الذى آل الى الشريك البائع بطريق القسمة ، فهو فى جميع الأحوال لا يحصل الا على جزء مفرز من المبيع بعد قسمته ، فلا يكون اذن شريكا فى الشيوع مع الشركاء الآخرين ، وتنعدم بذلك حكمة حق الاسترداد ، فلا يجوز اذن اســتعمال هذا الحــق .

٥١٩ — الشرط الثالث — صدور البيع الى أجنبى عن الشركاء :

ويجب ثالثا أن يصدر البيع الى أجنبى عن الشركاء . لأنه لو صدر الى شريك آخر لما كان فى ذلك مايتضرر منه باقى الشركاء . فالمشــترى شريك معهم ، وهو لا يزال معهم بعد أن اشترى الحصة الشائعة ، ولم يستجد على الشركاء أجنبى يتضررون من دخوله بينهم . والأمر فى حق الاسترداد من هذه الناحية كالأمر فى الشفعة ، ففى الشفعة اذا كــان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعا فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته (م ١/٩٣٧ مدنى) ، وفى الفرض الذى نحن بصدده المشترى شريك أى له حق الاسترداد كسائر الشركاء ، فيفضل عليهم ولا يستطيع شريك آخر أن يسترد منه الحصة الشــائعة التى اشــتراها .

ويترتب على أن الحكمة من حق الاسترداد استبعاد الأجنبى من الدخول بين الشركاء ، أنه اذا اشترى أجنبى الحصة الشائعة أو عــدة حصص شائعة ، وجب على الشريك أو الشركاء الذين يتقدمون للاسترداد أن يستردوا الحصة الشائعة كلها أو الحصص الشــائعة جميعا ، حتى يستبعدوا الأجنبى عن الدخول بين الشركاء ، فلا يكفى اذن أن الشريك المسترد أو الشركاء المستردين يستردون من الحصة أو الحصص الشائعة المبيعة بنسبة ما يملكون فى المال الشائع ، والا بقى الأجنبى شريكــا

بما يتبقى له من الحصة أو الحصص الشائعة التى اشتراها • وهـــذا يتنافى مع الحكمة من حق الاسترداد (١) •

٥٢٠ — الشرط الرابع — المسترد هو أحد الشركاء :

ويجب أخيرا أن يكون المسترد للحصة الشائعة المبيعة هو أحـد الشركاء ، وهذا واضح فان الشركاء هم الذين يتضررون من دخول أجنبى بينهم ، ولذلك يثبت لهم هم دون غيرهم الحق فى الاسترداد • وكـان الرأى السائد فى عهد التقنين المدنى السابق أن الشريك الذى يسترد، يجب أن يكون شريكا أصليا أى شريكا منذ بدء الشيوع ، فاذا خلـف هذا الشريك الأصلى خلف عام كوارث أو خلف خاص كمشتر لم يكن لهذا الخلف وهو شريك غير أصلى الحق فى الاسترداد (٢) • ولكن التقنين المدنى الجديد ، لما أطلق لفظ « الشريك » ، لم يميز بين شريك أصـلى وشريك غير أصلى ، فيجوز اذن لخلف الشريك الأصلى من وارث أو مشتر أو نحو ذلك أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة مادام شريكا فى الشيوع وقت البيع • وفى ذلك تقول المذكـرة الايضـاحية للمشروع التمهيدى : « ولم ير المشروع التمييز بين شريك أصـــلى وشريـك عارض » (٣) •

---

(١) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٨٢ — محمد على عرفة فقرة ٣١٤ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٨ — اسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٩٠ — حسن كيرة فقرة ١٢٤ ص ٤١٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ — ص ١٥٨ •

أما اذا كان أجنبيان قد اشترى كل منهما حصة شائعة لأحد الشركاء ، فانه يجوز لشريك ثالث أن يسترد من أحد الأجنبيين دون الآخر الحصـــة الشائعة التى اشتراها ، فقد يتضرر من دخول هذا الأجنبى شريكا ولا يتضرر من دخول الآخر .

(٢) استئناف وطنى دوائر مجتمعة ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المحـاماة ٣ رقم ٤٠ ص ٧١ — نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٩ ص ٦٩٨ •

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨ — وانظر محمد على عرفة فقرة ٣١١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٤ — اسماعيل غانم فقرة ٨٣ ص ١٨٩ — حسن كيرة فقرة ١٢٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ •

واذا اشترى أجنبى حصة أو حصصا شائعة ، وتقدم لاستردادها عدد من الشركاء ، فان كل شريك منهم ، عند عدم الاتفاق ، يسترد من الحصة أو الحصص المبيعة بنسبة حصته . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة فى المادة ٨٣٣/٢ مدنى اذ تقول كما رأينا : «واذا تعدد المستردون، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته» .

والشريك وحده هو الذى يسترد ، فهذه رخصة له أو هى حق متصل بشخصه ، فلا يجوز لدائنيه أن يستعملوا هذا الحق باسمه وأن يستردوا نيابة عنه (١) .

(ب) اجراءات الاسترداد

٥٢١ — ميعاد الاسترداد :

يجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، ويكون ذلك كما تقول المادة ٨٣٣/١ مدنى فيما رأينا « خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه (علم الشريك المسترد) بالبيع أو من تاريخ اعلانه به » .

والذى يقع عملا هو أن الشريك البائع لحصته الشائعة ، أو من اشترى منه هذه الحصة ، يبادر (٢) الى اعلان باقى الشركاء بالبيع ، ولم يشترط القانون أن يكون هذا الاعلان رسميا على يد محضر كما اشترط ذلك فى الشفعة ، ومن ثم يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير

---

(١) الوسيط الجزء الثانى ، الطبعة الثانية المنقحة ، المجلد الثانى فقرة ٥٤٢ — محمد على عرفة فقرة ٣١١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٤ — حسن كيرة فقرة ١٢٥ ص ٤١٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٧ .

ويجب أن يكون الشريك المسترد شريكا فى الملك او على الأقل فى الرقبة، اما الشريك فى حق الانتفاع فلايجوز له الاسترداد لأن النص مقصور على الشيوع فى الملك ، وهو نص استثنائى لايجوز التوسع فيه (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٧٣) .

(٢) ولم يعين القانون ميعادا للاعلان ، بل ترك ذلك ليقظة صاحب الشأن (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨) .

مسجل ، ويصح أن يكون شفويا ولكن يقع عبء الاثبات على الشريك البائع والمشترى .

ومتى تم الاعلان للشركاء . فعلى الشريك الذى يريد أن يسترد أن يطلب الاسترداد من كل من الشريك البائع والمشترى ، وذلك فى خلال ثلاثين يوما من يوم اعلانه بالبيع .

وليس أعلان البيع ضروريا ، فقد لا يعلن الشركاء بالبيع . ومع ذلك اذا ثبت علم شريك فعلا بهذا البيع ، فان هذا الشريك يجب اذا أراد الاسترداد أن يطالب به فى خلال ثلاثين يوما من يوم علمه بالبيع . وعبء اثبات العلم بالبيع يقع على الشريك البائع وعلى المشترى ، والعلم واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع الطرق .

فاذا انقضى ميعاد الثلاثين يوما محسوبا من يوم الاعلان بالبيع أو من يوم العلم به بحسب الأحوال ، ولم يطلب أى من الشركاء الاسترداد (١) ، فقد سقط الحق فيه ، وأصبح بيع الحصة الشائعة للأجنبى بيعا باتا لايجوز الاسترداد فيه

٥٢٢ — كيف يحصل الاسترداد :

كل ما قاله القانون فى هذا الشأن هو أن الاسترداد يتم « باعلان يوجه الى كل من البائع والمشترى » (م ٨٣٣/١ مدنى) . فمن يريد من الشركاء استرداد الحصة الشائعة المبيعة ، عليه أن يعلن ، فى خلال ثلاثين يوما من يوم اعلانه بالبيع أو من يوم علمه به ، كلا من البائع والمشترى أنه يسترد الحصة المبيعة . ولم يحدد القانون هنا أيضا . كما حدد للشفعة ، شكلا خاصا للاعلان . فيجوز أن يكون الاعلان على يد محضر وهذا هو الأسلم ، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل مصحوب

---

(١) أو طلب أحد الشركاء الاسترداد باعلان وجهه فى الميعاد للبائع دون المشترى ، أو للمشترى دون البائع ، اذ أن طلب الاسترداد لا يعتد به الا اذا وجه فى الميعاد القانونى الى كل من المشترى والبائع .

بعلم وصول أو غير مصحوب به ، أو بكتاب غير مسجل ، بل قد يكون الاعلان شفويا على أن يكون عبء اثباته على الشريك المسترد .

ويجب على الشريك ، وهو يسترد الحصة الشائعة المبيعة ، أن يعرض استعداده ، فى الاعلان الذى يطلب فيه الاسترداد ، لدفع الثمن والفوائد والمصروفات . ولكن لا يشترط أن يعرض ذلك عرضا حقيقيا ، بل ولا أن يودع الثمن خزانة المحكمة كما يجب الايداع فى الشفعة ، بل يكفى أن يظهر المسترد استعداده لأن يدفع الثمن وملحقاته للبائع ، أو للمشترى اذا كان هذا قد دفع الثمن للبائع (١) .

فاذا استرد الشريك الحصة الشائعة المبيعة على النحو الذى قدمناه ، بأن أعلن كلا من البائع والمشترى باسترداده لهذه الحصة وباستعداده لدفع المقابل ، فانه لا يبقى بعد ذلك الا أن يتسلم المسترد الحصة الشائعة وأن يدفع المقابل اما للبائع اذا كان هذا لم يتسلم شيئا من المشترى ، أو للمشترى نفسه اذا كان قد دفع الثمن للبائع .

وفى رأينا أنه لا حاجة الى تنظيم دعوى قضائية بشىء من ذلك كما نظمت دعوى الشفعة ، وذلك على أساس أن الاسترداد يكون قد تم فعلا بمجرد اعلانه لكل من البائع والمشترى على الوجه الذى قدمناه ، ونستند فى ذلك الى التفصيل الذى سنورده فيما يلى متعلقا بتحديد الوقت الذى يتم فيه الاسترداد .

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨ — وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن المادة ٤٦٢ مدنى (قديم) لم توجب على طالب الاسترداد أن يعرض الثمن خلالها كما هو مقرر فى قانون الشفعة ، وهذا يفيد انه لايجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة ان الثمن الذى عرضه الطالب هو دون الثمن الذى ثبت لدى القضاء انه الثمن الحقيقى ، الا أن اعرض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تتاح فرصة العلم به . فاذا كان الثمن الحصة المبيعة بقى مختلفا عليه الى أن حسمت محكمة الاستئناف هذا الخلاف بحكمها مثبته فيه الثمن الحقيقى ، ثم حكمت المحكمة فى ذات الوقت برفض طلب الاسترداد لكون الطالب لم يبد استعداده لدفع هذا الثمن ، فانها تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ١٨ ابريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٥ ص ١٥٢) .

٥٢٣ — متى يتم الاسترداد :

فى رأينا ، كما قدمنا ، أن الاسترداد يتم بمجرد اعلان الشريك المسترد استرداده للحصة الشائعة المبيعة لكل من البائع والمشترى ، فاذا تم الاعلان لكل من هذين الاثنين ، فقد تم الاسترداد ، وأصبح المسترد مالكا للحصة الشائعة المبيعة ومدينا بالثمن وملحقاته ، مع مراعاة وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار اذا كانت الحصة شائعة فى مجموع من المال يشتمل على عقارات . فاذا امتنع من يحوز الحصة الشائعة ، البائع أو المشترى ، من تسليمها الى المسترد ، كان لهذا أن يرفع دعوى يطالب فيها بثبوت الاسترداد والتسليم . واذا امتنع المسترد من دفع الثمن والملحقات ، كان لصاحب الشأن ، البائع أو المشترى ، أن يرفع دعوى يطالب فيها المسترد بالدفع ، وهذا هو السبب، فى رأينا ، فى أن المشرع لم يعن بتنظيم الدعوى القضائية التى تلى الاعلان بالاسترداد ان كان لها مقتض ، كما نظم دعوى الشفعة ، اذ ترك الدعوى القضائية فى الاسترداد خاضعة للقواعد العامة ، بعد أن قرر أن الاسترداد يتم بالاعلان الذى يوجهه المسترد الى كل من البائع والمشترى . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ مدنى صراحة على ذلك ، اذ تقول كما رأينا : « ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشترى». وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « فان أعلن المسترد رغبته فى الاسترداد واتفق الجميع ، حل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته كما فى الشفعة ، وعوض المسترد المشترى كل ما أنفقه ، واذا لم يتم الاتفاق ، تولت المحكمة الفصل فى الأمر » (١) . والذى تتولى المحكمة الفصل فيه هو الزام المسترد بدفع الثمن وملحقاته اذا رفع البائع أو المشترى الدعوى بذلك على المسترد، أو ثبوت حق المسترد فى الاسترداد والزام البائع أو المشترى بتسليم الحصة الشائعة المبيعة اليه اذا رفع هذا الأخير الدعوى بذلك على البائع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٨ .

أو المشترى • وتسرى القواعد العامة فى كل ذلك (١) •

ولكن يلاحظ أن الاسترداد الذى تم على هذا الوجه استرداد معلق على شرط واقف ، هو دفع المسترد الثمن وملحقاته ، فان هو امتنع عن ذلك ، فى الميعاد الذى تحدده المحكمة اذا طلب اليها تحديد ميعاد ، جاز لأى من البائع أو المشترى أن يرفع دعوى على المسترد باعتبار الاسترداد كأن لم يكن لتخلف الشرط الواقف • ويؤيد ذلك العبارة الأخيرة التى وردت فى الفقرة الأولى من المادة ٨٣٣ مدنى ، فهى تجرى كما رأينا على الوجه الآتى : « ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته ، اذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » • فحلول المسترد محل المشترى فى جميع الحقوق والالتزامات — وهذا هو عين الاسترداد — مشروط اذن بدفع المسترد الثمن وملحقاته ، وهذا هو المستفاد بوضوح من عبارة « اذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » •

ونحن فيما قدمناه قد التزمنا نص التقنين المدنى الجديد ، ولم يورد هذا التقنين شيئا عن دعوى الاسترداد يقابل النصوص التى أوردها

---

(١) وقد صرحت محكمة النقض ، حتى فى ظل التقنين المدنى السابق ، بتطبيق القواعد العامة فى الدعوى بطلب استرداد الحصة المبيعة ، فقضت بأن القانون لم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى بطلب استرداد الحصة المبيعة ، فيتعين أن تطبق فى هذا الصدد القواعد العامة . ولكن لما كان هذا الاسترداد نوعا من الشفعة ، كانت الدعوى به خاضعة لما تقتضيه هذه النوعية من القواعد الموضوعية لدعوى الشفعة . اما ما جاء به قانون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعية ، فانه — اذا كان واردا على خلاف أحكام القانون العام ومن ثم لايصح القياس عليه — لا يطبق على دعوى الاسترداد . واذ كان فى الاسترداد ، كما فى الشفعة ، يحل المسترد بالنسبة الى البائع محل المشترى فى جميع ما كان له من الحقوق وما عليه من الواجبات ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة من البائع للمشترى ، فانه يكون من اللازم ادخال البائع فى دعوى الاسترداد (لم يرد فى التقنين السابق كما ورد فى التقنين الجديد وجوب ادخال البائع والمشترى) كما يلزم فى دعوى الشفعة . أما الحكم الخاص بوجوب اعلان المشترى والبائع فى الميعاد المعين لاستئناف دعوى الشفعة ، فلا يسرى لأنه حكم استثنائى ، بل الذى يسرى هنا هو حكم القانون العام (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء اول ص ٢١٥) .

فى دعوى الشفعة ، وقد أثارت دعوى الشفعة كثيرا من النقاش سنعرض له فى موضعه ، وقد كفانا التقنين المدنى الجديد مؤونة ذلك فيما يتعلق بحق الاسترداد ، فلزم أن نخضع اى دعوى تتعلق بهذا الحق للقواعد العامـــة (١) .

ويجب فى الدعوى التى يرفعها المسترد بثبوت حقه فى الاسترداد اختصام البائع والمشترى معا فى جميع مراحلها حتى مرحلـــة الطعن بالنقض . ذلك ان الاثر الذى يترتب على الاسترداد . كما سنرى ، هو حلول المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته قبل البائع . فالخصوم فى الدعوى هم اذن من جهه المسترد الذى يطالب بثبوت حقه فى الاسترداد ، ومن جهة أخرى المشترى الذى يطلب المسترد ان يحل محله والبائع الذى يطلب المسترد أن يحل هو محل المشترى قبله (٢) .

---

(١) ومع ذلك يبدو ان اتجاه الفقه المصرى هو فى جعل دعوى الاسترداد مماثلة لدعوى الشفعة ، من حيث ان كلا من الاسترداد والشفعة اذا لم يتم رضاء وجب أن يتم قضاء ، فالحكم بالاسترداد يعتبر على ما يظهر منشئا لحق الاسترداد (انظر عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٧ — عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٤ ص ٢١٦ — محمد على عرفة فقرة ٣١٥ ص ٤٢١ — اسماعيل غانم فقرة ٨٤ ص ١٩١ — حسن كيرة فقرة ١٢٦ ص ٤١٩ — محمد حامد فهمـــى فى تعليقه فى مجموعة عمر ٥ ص ٢٣ — ص ٢٤ هامش ١) .

واذا سلمنا أن دعوى الاسترداد مماثلة لدعوى الشفعة من هذا الوجه، فلابد من القول بأن القانون لم يحدد لدعوى الاسترداد مواعيد كما حدد لدعوى الشفعة ، فيجوز رفعها اذن فى أى وقت قبل تمام قسمة الشىء الشائع ، بشرط توجيه الاعلان بالاسترداد الى كل من البائع والمشترى فى ميعاد الثلاثين يوما المحدد فى المادة ١/٨٣٣ مدنى . ومع ذلك ذهبت محكمة النقض الى اعتبار ميعاد الثلاثين يوما المحدد للاعلان بالاسترداد ميعادا ايضا لرافع دعـــوى الاسترداد (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٠ ص ٣٢٥ أنظر فى نقد الحكم اسماعيل غانم فقرة ٨٤ ص ١٩١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٧ ص ١٧٦ حسن كيرة فقرة ١٢٦ ص ٤١٩ هامش ٣ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٦ ص ١٥٨ هامش ١ ، وانظر فى تأييـــده عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤١ ص ٢١٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبى على الشيوع هى دعوى بتحويل الحقوق والالتزامات فيمـــا بين البائع والمشترى اليهما بين البائع والمسترد، فتزول صلة البائع بالمشترى =

(د) الآثار التى تترتب على الاسترداد

٥٢٤ — تكييف الاسترداد :

ليس الاسترداد باعادة بيع من المشترى الى المسترد ، فيكون البائع باع حصته الشائعه الى المشترى ، ثم باعها المشترى الى المسترد ، كما ذهب بعض الفقهاء (١) • فان هذا الراى يتعارض مع الراى الغالب فى الفقه الفرنسى ، ويتعارض مع صريح النص فى التقنين المدنى المصرى فان المادة ١/٨٣٣ من هذا التقنين تقول كما راينا : « ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته » • فالاسترداد اذن هـــو احلال المسترد محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا الآخير مع الشريك البائع . فهو حلول شخصى بموجبه أخذ المسترد مكان المشترى وأصبح هو المشترى مباشرة من البائع ، وأصبحت له جميع حقوق المشترى وعليه جميع التزاماته . وذلك لا من وقت الاسترداد فحسب ، بل ينسحب هذا الحلول بأثر رجعى الى وقت البيع الصادر من الشريك البـــائع الى المشترى • فيكون للاسترداد أثر رجعى ، ويعتبر بيع الحصة الشائعة كأنه صدر ابتداء الى المسترد ، ويختفى شخص المشترى ، ولا يبقى الا البائع والمسترد ، وكأن البائع كما قدمنا قد باع حصته الشائعة للمسترد منـــذ البداية (٢) •

= وتحل محلها صلة البائع بالمسترد ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة الى المسترد ، ومن ثم تكون هذه الدعوى غير قابلة للتجزئة ، ويجب اختصام البائع والمشترى فيها فى كافة مراحل التقاضى ، بما فيها مرحلة الطعن بالنقض (نقض مدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٥ ص ٢٢١) •

(١) أنظر بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٢٦٧٤ — فال فى تعليقه فى سيريه ٩٣ — ١ — ١٧ •

(٢) وقد راينا محكمة النقض تقضى بأن دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبى على الشيوع هى دعوى بتحويل الحقوق والالتزامات فيما بين البائع والمشترى الى ما بين البائع والمسترد ، فتزول صلة البائع بالمشترى وتحل محلها صلة البائع بالمسترد ، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة الى المســـترد (نقض مدنى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٥ ص ٢٢١ وقد سبقت الاشارة الى هذا الحكم) .
=

وهذا التكييف ، الذى ينص عليه صراحة التقنين المدنى المصرى (م ١/٨٣٣) كما سبق القول ، يقتضينا ان نبحث ، بعد أن يتم الاسترداد علاقه المسترد بالمشترى ، ثم علاقه المسترد بالبائع ، ثم علاقه المشترى بالبائع .

٥٢٥ — علاقة المسترد بالمشترى :

يحل المسترد محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا الأخير مع البائع . ويكون هذا الحلول باثر رجعى كما قدمنا . فيعتبر المسترد هو المشترى مباشرة من البائع ، ويحل محل المشترى لا من وقت الاسترداد فحسب بل من وقت البيع ، وكأن المسترد هو الذى اشترى الحصة الشائعة من الشريك البائع منذ البداية . وعلى ذلك تنتفى رابطة الاستخلاف بين المسترد والمشترى ، وتقوم هذه الرابطة بين المسترد والبائع . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ — أى تصرف يكون قد أجراه المشترى فى الحصة الشائعة المبيعة يسقط ولا يحتج به على المسترد ، فتخلص للمسترد الحصة المبيعة خالصة من أى حق رتبه عليها المشترى . فاذا كان المشترى قد رهن الحصة الشائعة مثلا قبل الاسترداد أو رتب عليها حق انتفاع ، فبالاسترداد تؤول الحصة الشائعة للمسترد خالصة من حق الرهن أو حق

= وانظر فى ان للاسترداد اثرا رجعيا : اوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ — بيدان ولبيال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ — بلانيول وريبير وموری وفيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ — ريبير وبولانجيه ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨٢٤ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٠ — فقرة ١٣٢٥ — محمد كامل مرسى ٢فقرة ٩٠ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ ص ١٧٨ — اسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٣ — وانظر فى نقد فكرة الأثر الرجعى عدم ضرورتها وامكان الاستغناء عنها بفكرة انتفاء الرابطة الاستخلافية بين المسترد والمشترى حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٥ هامش ٣ و ٤ . ويلاحظ أن انتفاء الرابطة الاستخلافية بين المسترد والمشترى معناه ان المسترد قد حل محل المشترى واصبح خلفا للبائع لا للمشترى . ولا يتأتى هذا الا اذا قلنا ان المسترد قد حل حلولا رجعيا محل المشترى ،فالأثر الرجعى هو نفسه الذى ينفى فكرة الاستخلاف بين المسترد والمشترى .

الانتفاع (١) .

٢ — ومادام المسترد يعتبر كأنه اشترى مباشرة من البـــائع ، فالمشترى لا يلتزم له بضمان الاستحقاق والذى يلتزم بهذا الضمان هو البائع . فاذا استحقت الحصة الشائعة . رجع المسترد على البائـــع بالضمان . واذا كان المسترد مهددا بالاستحقاق ، فليس له أن يمتنع لهذا السبب عن الوفاء للمشترى بالثمن وملحقاته ، لأن المشترى ليس هو الملزم بالضمان . وعلى العكس من ذلك للمسترد أن يمتنع لهـــذا السبب عن الوفاء للبائع بالثمن اذا كان هذا الأخير لم يستوف الثمن من المشترى . وذلك لان البائع هو الملزم بالضمان كما قدمنا (٢) .

٣ — الأصل أن المسترد يلتزم بدفع الثمن الى البائع . مادم المسترد معتبرا أنه اشترى مباشرة من هذا الأخير ، واذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا انتفع المسترد بالتأجيل أو بالتقسيط وذلك على خـــلاف حكم الشفعة لورود نص خاص فيها . ولكن اذا كان المشترى قد دفع الثمن الى البائع قبل الاسترداد ، فعلى المسترد أن يرده الى المشترى مـــع فوائده من يوم دفعه قياسا على استرداد الحق المتنازع فيه (م ٤٦٩/١ مدنى) (٣) . والى جانب ذلك يلتزم المسترد بأن يدفع الى المشترى

---

(١) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ — بيدان ولبيال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ — بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٣ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ ص ١٧٩ — اسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ — حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٣ .

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٩ وهامش ٦٧ مكرر . بيدان ولبيال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ — بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٥٦٢ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢١ — محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩٠ — محمد على عرفة فقرة ٣١٥ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ ص ١٧٩ — اسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ — حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٨ — ص ٤٢٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٣ .

(٣) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٦ وهامش ٥٧ — بيدان ولبيال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ — بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤فقرة٥٥٩ — =

ما تحمله من نفقات ، كرسوم التســجيل والسمسرة ومصروفات الحفظ والصيانة وسائر مصروفات الادارة • وفى مقابل كل ذلك يلتزم المشترى بأن يرد الى المسترد الثمار التى حصل عليها من يوم البيع الى يوم الاسترداد (١) •

٥٢٦ ـ علاقة المسترد بالبائع :

قدمنا أن المسترد يحل محل المشترى قبل البائع ، فيصبح هـــو المدين بالتزامات المشترى نحو البائع وهو الدائن له بحقوق المشترى ، وقد رأينا أن المادة ١/٨٣٣ مدنى تقول « ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته » • ويترتب على ذلك النتيجتان الآتيتان :

١ ـ اذا لم يكن المشترى قد وفى الثمن للبائع ، فان الملتزم بوفائه نحو البائع هو المسترد . وقد سبقت الاشارة الى ذلك • وقدمنا أيضا أن المسترد يحل محل المشترى فى نفس العقد وشروطه ذاتها ، فاذا كان هناك أجل لدفع الثمن أفاد منه المسترد ، واذا كان الثمن مقسطا دفعه المسترد بالتقسيط ، وذلك على خلاف الشفعة حيث لا يفيد الشفيع لا من التأجيل ولا من التقسيط بل يجب عليه تعجيل الثمن (٢) • ويلاحظ أن الثمن اذا كان مؤجلا أو مقسطا ، وأراد المسترد أن يفيد من التأجيل أو التقسيط ،

= انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٣٦ ـ اسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٢ ـ حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٧ ـ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٢ •

(١) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٦ وهامش ٥٧ ـ بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤فقرة٥٥٩ ـ انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٣٨ ـ اسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ ـ حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٨ ـ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ١٨٢ •

(٢) اوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٩ ـ ١٥٠ ـ بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ ـ محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩١ ـ محمد على عرفة فقرة ١٣٥ ـ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ ـ اسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ •

جاز للبائع ان يلزمه بتقديم تأمين كاف (١) • ولا يلتزم المسترد نحو البائع الا بدفع الثمن الحقيقي ، فاذا ثبت ان الثمن المذكور في عقد بيــــع الحصه الشائعه هو اكبر من الثمن الحقيقي فليس عليه أن يدفع الا الثمن الحقيقي . وله ان يثبت صوريه الثمن بجميع طرق الاثبات (٢) •

٢ — ويلتزم البائع بنقل ملكيه الحصه الشائعة المبيعه الى المسترد، فتنتقل هذه الملكيه مباشرة الى المسترد ، وتنتقل الملكيه الى المسترد من وقت ابرام عقد البيع لا من وقت الاسترداد ، في الحصة الشائعــــة في المنقول المعين بالذات • أما اذا كان لمبيع حصة شائعة في مجموع من المال يشتمل على عقار ، فلابد لانتقال الملكيه في هذا العقار من التسجيل ، فان كان المشترى قد سبق له آن سجل عقد البيع ، فيكفى ان يؤشر المسترد على هامش هذا التسجيل بالاسترداد • أما اذا كان المشترى لم يسبق له التسجيل ، فعلى المسترد آن يقوم بتسجيل الاسترداد حتى تنتقل اليه الملكيه (٣) • ومادامت الملكيه تنتقل مباشرة من البائع الى المسترد ،

---

(١) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٩ — ١٥٠ — بلانيول وريبير وموري وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ .

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١١٤ وهامش ٥ بيدان ولبيال ٥ فقرة ٨٩٣ — بلانيول وريبير وموري وفيالتون ٤ فقرة ٥٥٩ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٨ — محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٨٧ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ — اسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٣ — حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ .

(٣) محمد على عرفة فقرة ٣١٦ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩ — اسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ — حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٢٥ — ص ٤٣٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ .

واذا سجل المسترد صحيفة دعوى الاسترداد ، فان الحكم بالاسترداد يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية من المشترى بعد تسجيل صحيفة الدعوى ، سواء كان هؤلاء سيئى النية أو حسنى النية . ولا يكــون الحكم بالاسترداد حجة على الغير اذا كسب حقه بحسن نية قبل هذا التسجيل . وذلك عن طريق قياس دعوى الاسترداد على دعاوى ابطال التصرف او فسخه أو الغائه أو الرجوع فيه ، فيما يتعلق بقانون الشهر العقارى (انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٨٥ ص ١٩٤ وهامش ١ — وقارن حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٣ هامش ١) .

فالبائع هو الملتزم بضمان الاستحقاق ، وقد سبق بيان ذلك (١) .

٥٢٧ — علاقة البائع بالمشترى :

قدمنا أن المسترد يحل محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته نحو البائع ، ويعتبر البيع قد وقع مباشرة للمسترد . وعلى ذلك تزول العلاقة التى كانت قائمة بين البائع والمشترى قبل الاسترداد ، ويكـون زوالها بأثر رجعى فتعتبر كأن لم تكن ، وينبنى على ذلك ما يأتى :

١ — زوال الحقوق التى كانت للمشترى قبل البائع ، اذ ان هـذه الحقوق قد اصبحت بالاسترداد للمسترد دون المشترى . فلا يجـوز للمشترى ، بعد الاسترداد ، أن يطالب البائع باى حق من هذه الحقوق ، لا بنقل ملكية الحصة الشائعة المبيعة ، ولا بضمان الاستحقاق . والذى يطالب بذلك هو المسترد كما سبق القول .

٢ — زوال الالتزامات التى كانت فى ذمة المشترى للبائع اذ أن هذه الالتزامات قد اصبحت بالاسترداد التزامات فى ذمة المسترد كما قدمنا . ومن ثم لا يجوز للبائع ، بعد الاسترداد ، أن يطالب المشترى بالثمن اذا لم يكن قد استوفاه منه قبل الاسترداد . والذى يطالبه البائع بالثمن هو المسترد ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك .

٣ — رجوع العلاقة ما بين البائع والمشترى الى ما كانت عليه قبل البيع ، فاذا كان البيع قد ترتب عليه أن وقعت مقاصة ما بين البائـع والمشترى بشأن الثمن ، أو اتحدت ذمة البائع والمشترى ، فأن كل هذا يزول بالاسترداد ، ويرجع الحق الذى كان للمشترى فى ذمة البائـع وسقط بالمقاصة الى ما كان عليه ، كما يزول اتحاد الذمة (٢) .

= واذا تعاقبت البيوع ، حصل الاسترداد من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها اذا تم البيع الثانى قبل اعلان المسترد رغبته فى الاسترداد ، وذلك قياسا على احكام الشفعة (م ٩٣٨ مدنى) . انظر حسن كيرة فقـرة ١٢٧ ص ٤٣٣ هامش ١ .

(١) انظر آنفا فقرة ٥٢٥ .

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢١ ثالثا ص ١٤٨ — ص ١٤٩ — بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤فقرة٥٦٢ — بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٨٩٤ — =

المطلب الثـــانى

تصرف الشريك فى شيء مفـــرز

١ — تصرف اشريك فى جزء مفرز من المال اشائع

٥٢٨ — نص قانونى :

تنص الفقرة الثانيه من المادة ٨٢٦ مدنى على ما يأتى :

« واذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف اليه ، اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة . الحق فى ابطال التصرف » (١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق (٢) .

= بلانيول وريبير وبولانجيه ٤ سنة ١٩٥٩ فقرة ٢٨٣٤ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٣٢٥ — حسن كيرة فقرة ١٢٧ ص ٤٣٨ .

(١) **تاريخ النص :**
ورد هـــذا النص فى المـــادة ٢/٦٦٩٤ مـــن المشـــروع التمهيدى على الوجه الآتى : « اذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع . فلا يكون للتصرف أثر الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب الشريك الذى صدر منه التصرف أثر الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب الشريك الذى صدر منه التصرف » . وفى لجنة المراجعة عدل النص بما يجعل حكمه متفقا مع حكم الرهن فى المال الشائع من جهة ومع حكم بيع ملك الغير من جهة أخرى ، أى جعل حق المشترى يرد على العين المفرزة التى يختص بها البائع عند القسمة . سواء كانت العين المبيعة او غيرها . وجعل للمشترى الحق فى ابطال البيع فى حالة ما اذا كانت العين المفرزة هى غير العين المبيعة . وصار رقم النص ٢/٨٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٨٩٥ بعد استبدال لفظ « التصرف » بلفظ «البيع»، فصار النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨٠ — ص ٨٣) .

(٢) وفى عهد التقنين المدنى السابق ، كان تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع يعتبر تصرفا موقوفا على نتيجة القسمة . فاذا وقع الجزء=

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المـــدنى السورى المادة ٢/٧٨١ — وفى التقنين المـدنى الليبى المادة ٢/٨٣٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٦٢ /٢ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى المادة ٢٠ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٢٩ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ٢/١٠٣١ (١) .

= المفرز فى نصيب الشريك المتصرف أصبح تصرفه باتا ، أما اذا لم يقع فانه يتبين أن التصرف فى الجزء المفرز قد صدر من غير مالك فيجوز للمتصرف اليــه طلب ابطاله . ولا ينتقل التصرف ، كما ينتقل فى التقنين المدنى الجديد ، الى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك المتصرف . انظر نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٥ — ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٧٥ — ٢٨ يونيه ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ رقم ٨٠٧ ص ٧٦٠ — استئناف اسيوط ١٣ اكتوبر سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٣ ص ٧٣) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٢/٧٨١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٢/٨٣٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٢/١٠٦٢ : واذا تصرف الشريك فى جزء من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف اثر الا اذا وقع هذا الجزء عند القســـمة فى نصيب هذا الشريك . (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أنه اذا لم يقع الجزء المفرز فى نصيب الشريك المتصرف عند القسمة ، لم يكن للتصرف أثر فى التقنين العراقى ، ولم ينتقل الى الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك المتصرف) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٠ : لا يجوز لأى شريك كان فى عقار شائع أن يستعمل حقوقه على كل العقار أو على جزء معين منه بدون رضاء سائر الشركاء الباقين . (والظاهر أن حكم التصرف فى الجزء المفرز من المال الشائع ، فى القانون اللبنانى ، لا يكون صحيحا الا بموافقة جميع الشركاء) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٢٩ : اذا تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع ، فلا يكون للتصرف اثر فيما يتعلق بنقل الملكية أو انشاء الحقوق العينية الأخرى ، الا اذا وقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب الشريك المتصرف .

(وحكم التقنين الكويتى يختلف عن حكم التقنين المصرى فى أنه اذا لم يقع الجزء المفرز فى نصيب الشريك المتصرف عند القسمة ، لم يكن للتصرف اثر فى التقنين الكويتى ، ولم ينتقل الى الجزء المفرز الذى وقـــع فى نصيب الشريك المتصرف ، والتقنين الكويتى يتفق مع التقنين العراقى فى هـــذا الخصـــوص) .

=

ويحسن ، قبل بحث هذه المسألة (١) ، أن نضعها وضعا عمليا مبسطا • فنفرض أن هناك أرضا شائعة بين شريكين لكل منهما النصف فى الشيوع ، فأن أحد الشريكين حدد جزءا مفرزا من هذه الأرض بمقدار النصف وباعه مفرزا ، متوقعا أن هذا الجزء المفرز الذى باعه هو الذى سيقع فى نصيبه عند القسمة • وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المشترى للجزء المفرز قد اعتقد أن الشريك البائع يملك هذا الجزء مفرزا لا شائعا ، ولذلك أقدم على الشراء مطمئنا الى أن ملكية هذا الجزء ستخلص له •

(الفرض الثانى) أن يكون هذا المشترى عالما بأن الشريك البائع لايزال فى حالة الشيوع ، وأن الجزء المفرز الذى باعه هذا الشريك لايزال شائعا بينه وبين الشريك الآخر •

٥٢٩ — الفرض الأول — المشترى يعتقد أن البائع يملك المبيع مفرزا :

هنا يبين أن المشترى قد وقع فى غلط فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع، اذ اعتقد أن المبيع يملكه البائع مفرزا لا شائعا • ومن ثم يكون البيع قابلا للابطال للغلط ، ويجوز للمشترى طلب ابطاله وفقا للقواعد العامة اذا تقدم بالطلب قبل القسمة ، ولا يجبر على انتظار القسمة ونتيجتها (٢)•

= **التقنين المدنى الأردنى** م ٢/١٠٣١ : ٢ — واذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة ، واذا كان المتصرف اليه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزه حين العقد ، وله الحق فى ابطال التصرف أيضا .

(والتقنين الأردنى يتفق فى احكامه مع التقنين المصرى) .

(١) انظر فى هذا البحث حسن كيرة فى تصرف الشريك فى جزء مفرز من المال الشائع ، فصلة من مجلة كلية الحقوق العددين الثالث والرابع لعام سنة ١٩٦٢ — سنة ١٩٦٣ . وسنرمز لهذا البحث ، عند الاشارة اليه ، بالعبارة الآتية : حسن كيرة — فصلة من مجلة كلية الحقوق .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الشراح والمحاكم اختلفوا رأيا =

ويستطيع المشترى فى هذه الحالة أن يجيز العقد ، فيصبح البيع صحيحا غير قابل للابطال ، ويكون حكمه حكم البيع الذى صدر لمشتر غير واقع فى الغلط أى مشتر يعلم ان الجزء المفرز الذى اشتراه مملوك للبائع على الشيوع ، وسنبين هذا الحكم فيما يلى •

أما بعد القسمة ، أى بعد أن يقسم الشريك البائع الأرض الشائعة بينه وبين شريكه الآخر ، فلا تخلو الحال من أحد أمرين :

أولا — يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب الشريك البائع ، على ما توقع • وعند ذلك تخلص ملكية هذا الجزء للمشترى بعد التسجيل ، ولايعود يستطيع أبطال العقد للغلط حتى لو كان لم يجزه • ذلك أن البائع يكون قد نفذ العقد على الوجه الذى قصد اليه المشترى ، وتنص المادة ١٢٤ مدنى على أنه « ١ — ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع مايقضى به حسن النية • ٢ — ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذى قصد ابرامه ، اذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد » (١) •

ثانيا — لا يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب الشريك البائع ، خلافا لما توقع ، وعند ذلك يبقى البيع على حاله قابلا للابطال ، اذا كان المشترى لم يجزء من قبل • ويستطيع المشترى فى هذه الحالة أن يطلب أبطال البيع

= فى حكم المبيع المفروز من مالك على الشيوع ، وترى المحكمة الأخذ بالراى القائل ببطلان البيع طالما لم يثبت أن المشترى كان عالما بحالة الشيوع . ذلك لأن المفروض فيمن يشترى عينا محددة أن ينتفع بها فورا بغير منازع ، فجعل البيع موقوفا على نتيجة القسمة فيه تعليق للملكية على أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمرها ويستلزم مصاريف كثيرة وجهودا شاقة ، وليس من العدل تحميل المشترى بها (استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٦٧) . وانظر ايضا : استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩١ — بنى سويف ٢٢ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٢٩٤ ص ٥٧١ •

(١) اسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٦٨ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧١ — ص ١٧٢ •

الغلط وفقا للقواعد العامة ، اذ أراد أن تخلص له ملكية جزء مفرز بالذات فلم تخلص له هذه الملكية ، وهذا ما قصدت اليه العبارة الأخيرة من المادة ٢/٨٢٦ مدنى ، فقد قالت كما رأينا : « وللمتصرف اليه ، اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحـــق فى ابطال التصرف » ، ويلاحظ أنه يجوز للمشترى ، حتى فى هذه المرحلة ، أن يجيز البيع فينزل عن حقه فى طلب ابطاله للغلط . وعند ذلك ينقلب البيع صحيحا ملزما لكل من البائع والمشترى ، ويتحول التصرف من الجزء المفرز الذى وقع عليه البيع الى الجزء المفرز الذى وقع بالفعل فى نصيب البائـــع ، فتنتقل الى المشترى ملكية هذا الجزء الأخير بعد التسجيل (١) .

---

(١) حسن كيرة فقرة ١١٨ .

هذا ولما كان المفروض ان المشترى قد اشترى ارضا مفرزة من شريك لا يملك الا فى الشيوع . فانه يكون ، فيما يتعلق بالسبب الصحيح ، قـــد اشترى من شخص لا يملك الا حصة شائعة ، فيعتبر فى حكم المشترى من غير مالك بالنسبة الى التملك بالتقادم القصير ، ولما كان حسن النية ، فانه اذا حاز الأرض المفرزة التى اشتراها مدة خمس سنوات ، فانه يتملكها بهذا التقادم. وعلى هذا المبدأ استقر قضاء محكمة النقض ، فقد قضت هذه المحكمة ، بأنه اذا كان المشترى حسن النية يعتقد أن الشريك البائع يملك وحده المبيع دون شريك ، فان البيع الصادر اليه يعتبر سببا صحيحا ، فاذا حاز المبيع خمس سنوات ملكه بالتقادم القصير ، حتى فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين، ولم يعد لهؤلاء الحق فى أسترداد حصصهم من تحت يده (نقض مدنى ٢٣ ابريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣) . وقضت ايضا بأنه لما كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على أنه اذا باع الشريك المشتاع جزءا مفرزا محدودا ، فأن بيعه يصلح ان يكون سببا صحيحا يمتلك به المشترى ما بيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر حسن النية ، ذلك أن هذا البيع ينقل الملك بطبيعته ولذاته ، وبصرف النظر عن كون البائع مالكا للمبيع كله او بعضه (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقـــم ٨٢ ص ٦٥٥ — وانظر ايضا نقض مدنى ١٦ يونية سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ — ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٤٥٣) . وانظر فى هذا المعنى الوسيط الجـــزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٧٠ ص ٣٨٤ هامش ٢ — انـــور سلطان فى البيع فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ هامش ١ — سليمان مرقس ومحمد على أمام فى البيع ٢٨٨ ص ٤٧٣ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٣ ص ١٦٤ — اسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٧ . وانظر عكس ذلك وأن البيع لا يعتبر فى =

وما قلناه فى البيع يقال فى كل تصرف آخر غير ناقل للملكيـــة ، فنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى عام يشمل كل تصرف .

٥٣٠ الفرض الثانى — المشترى يعلم أن البائع لايملك المبيع الا شــائعا :

هنا لايكون المشترى واقعا فى غلط ، فهو يعلم عندما اشترى أن الجزء المفرز الذى اشتراه لا يملكه بائعه مفرزا وانما يملكه شــائعا مع شريكه الاخر . والمشترى قد توقع ، كما توقع البائع . أن هذا الجزء المفرز سيقع فى نصيب البائع عند القسمة ، فتخلص للمشترى ملكيتــة بفضل الأثر الكاشف للقسمة.ويجب لمعرفة حكم هذا البيع — وكل تصرف آخر ناقل للملكية غير البيع لأن النص عام يشمل التصرفات جميعهــا — التمييز بين حكم التصرف قبل أن تتم القسمة وحكمه بعد أن تتم .

٥٣١ — حكم التصرف قبل أن تتم القسمة :

لم تبين المادة ٢/٨٢٦ مدنى حكم التصرف قبل أن تتم القســمة . واقتصرت على أن تبين هذا الحكم بعد أن تتم القسمة . فوجب اذن أن نطبق القواعد العامة فيما يتعلق بحكم التصرف قبل أن تتم القســمة . وقد سبق أن قلنا بيانا لهذا الحكم ، عند الكلام فى البيع ، ما يأتى : « اذا باع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع قبل هذا المال . فانه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك ، ما يملك هو حصته فى الشيوع فى هـــذا الجزء المفرز ، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء فى هذا الجزء » [1].

= هذه الحالة سببا صحيحا : محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٤ ص ٢٤١ — ص ٢٤٢ — حسن كيرة فقرة ١١٨ ص ٣٨٨ — ص ٣٩١ — وفصله من مجلة كلية الحقوق ص ٣١ — ص ٣٤ .

واذا حاز المشترى جزءا مفرزا فى منقول شائع ، وكان هذا الجزء قد بيع له من احد الشركاء فى الشيوع دون الشركاء الآخرين ، فان المشترى اذا كان حسن النية يملك الجزء المفرز الذى حازه ، لا بموجب عقد البيع ، بــل بموجب الحيازة ، اذ الحيازة فى المنقول سند الملكية (اسماعيل غانم فقــرة ٧٦ ص ١٦٦) .

(١) الوسيط الجزء الرابع، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٦٨ ص٣٧٦.

ونضيف هنا أن البيع يعتبر صحيحا فيما بين المتعاقدين فى كل الجـزء المفرز المبيع ، ولكنه غير نافذ فى حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصـته فى الشيوع فى هذا الجزء المفرز • ولا يستطيع المشترى ابطال البيـع ، لا بالنسبة الى حصة البائع الشائعة فى الجزء المفرز لأن الشريك البائع قد باع ما يملك ولأن المشترى ليس واقعا فى غلط ، ولا بالنسبة الى حصة الشريك الآخر الشائعة فى الجزء المفرز المبيع بدعوى أن البيع فى هـذه الحصة هو بيع ملك الغير (١) • وقد سبق أن قلنا فى تعليل هذا الشـق الأخير ما يأتى : « وذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير فى أن هذه الحصص قد تقع فى نصيب الشريك البائع عند القسمة ، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكـة للشريك البائع وقت البيع ، فلا يكون قد باع ما لايملك • هـذا الى أن المشترى ، وهو يعلم أن البائع لايملك كل الجزء المفرز الذى يبيعه يكون قد ارتضى شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة »(٢)•

وقد قضت محكمة النقض بان مؤدى المادة العاشرة من قانـون الشهر العقارى ــ وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ــ أنه بمجـرد حصول القسمة وتسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسـمين

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وان كـان مالكا على الشيوع ، ان يبيع ملكه محددا مفرزا ، وحالة التحديد هذه وان ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة ، الا ان ذلك كله لا يبطل عقد البيـع (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٨) •

(٢) الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة ، فقرة ١٦٨ ص ٣٧٧ هامش ٢ . وانظر شفيق شحاتة فقرة ١٤١ ــ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٢ ص ١٦٢ ــ شمس الدين الوكيل فى التأمينات طبعة ثانية ص ١١٣ وص ٤٦١ ــ اسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٦٩ (وقارن ص ١٧٣ هامش ٢) ــ حسن كيرة فقرة ١١٨ (وقارن ص ٣٧٦ هامش ١) . وانظر عكس ذلك وان للمشترى طلب الابطال قبل القسمة على اعتبار ان البيع هو بيع ملك الغير فيما يتعلق بحصص الشركاء الآخرين : سليمان مرقس ومحمد على امام فى البيع سنة ١٩٥٤ فقرة ٢٨٧ ــ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٥ ص ٢٠١ ــ ص ٢٠٣ ــ منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٢ ــ ص ١٧٣ .

الاخرين مالكا ولكن مفرزه للجزء الذى وقع فى نصيبه هو دون غيره من أجزاء العقار وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة ، وان الغير فى حكم المادة المذكورة هو من يتلقى حقا عينيا على العقار على اساس انه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، أما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لايعتبر غيرا ولو سبق الى تسجيل حقه قبل ان تسجل القسمة ، اذ ان حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى اليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من ان التصرف اذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة ، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من احد المتقاسمين ويترتب عليها من شانه مايترتب عليها فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة (١) .

هذا هو معنى أن البيع يعتبر صحيحا فيما بين المتعاقدين فى كل

---

(١) نقض مدنى فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٣٧٤ صفحة ٢٠١٠ .

وقد قضت محكمة النقض بان من المقرر — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — انه اذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على اجراء القسمة بين الشركاء ، فان المشترى فى هذه الحالة لايعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى — حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة — شريكا فى العقار الشائع ولايكون له اى حق من حقوق الشركاء وبالتالى لايلزم تمثيله فى القسمة ، ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء ، فأنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ، ويترتب عليها فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر اليه ، فاذا وقع القدر المبيع المفرز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر ، وان لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى البائع بطريق القسمة (نقض مدنى فى ٢٠ يناير ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ٤٨ صفحة ٢٣٥) .

الجزء المفرز المبيع • أما معنى أن البيع يكون غير نافذ فى حق الشريك الآخر فيما يتعلق بحصته فى الشيوع فى هذا الجزء المفرز فيظهر فى أن هذا الشريك الآخر ، اذا أنكر عليه المشترى حقه فى حصته الشائعة فى الجزء المفرز المبيع ، يجوز له أن يرفع دعوى استحقاق على كل من المشترى والشريك البائع يطالب فيها باستحقاقه لهذه الحصة الشائعة (١) • ولكن الشريك الآخر لا يستطيع أن يطالب باستحقاق أية قطعة مفرزة فى الجزء المفرز المبيع ، لأنه لايملك فى هذا الجزء المفرز الا حصة شائعة (٢) •

---

(١) انظر عكس ذلك نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ — ٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ — ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ — وانظر فى هذا المعنى حسن كيرة فصلة منمجلة كلية الحقوق ص٣٥ — ص٣٦ — ويفرع الأستاذ حسن كيرة على ان تصرف الشريك فى جزء مفرز يكون غير نافذ فى حق باقى الشركاء ان المتصرف اليه بنقل ملكية الجزء المفرز لا يدخل شريكا مع باقى الشركاء ، حتى ولو بموجب حصة الشريك المتصرف الشائعة فى الجزء المفرز الذى تصرف فيه . ويستخلص من ذلك النتائج الآتية : (أ) لا يكون من حق المتصرف اليه مشاركة باقى الشركاء فى ادارة الشىء الشائع أو التصرف فيه ادارة أو تصرفا بتقرير بالاجماع او بالأغلبية ، بل يبقى ذلك من حق الشريك المتصرف وحده ، (ب) الشريك المتصرف وحده هو الذى يثبت له حق طلب القسمة ، ويجب اختصامه فى دعواها (انظر عكس ذلك نقض مدنى ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ — استئناف مصر ٢٤ ابريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣١ ص ٤٦). ولا يكون للمتصرف اليه حق رفع دعوى القسمة على باقى الشركاء ، ولا يجب على الشركاء الذين يرفعون دعوى القسمة اختصامه فيها بوصفه متقاسما ، ولا يقبل تدخله فيها من تلقاء نفسه بهذا الوصف . (جـ) اذا بيعت بعد ذلك حصة شائعة فى المال الشائع ، فليس للمتصرف اليه فى الجزء المفرز أن يطالب باستردادها او بالشفعة فيها ، انظر حسن كيرة من مجلة كلية الحقوق ص ٣٧ — ص ٤٢ .

(٢) انور سلطان فى البيع فقرة ٤١٦ ص ٤١٤ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٣ — اسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٥ — حسن كيرة فقرة ١١٩ ص ٣٩١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٦ ص ٢٠٦ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٨ — وقارن نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ — ٢٥ ابريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ .

=

وقد قضت محكمة النقض أن النص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أنه « اذا كان التصرف منصب على جزء مفرز من المال الشائع وله يقع هذا الجزء عند القسمه فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمه ، يدل على أن بيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل اجراء القسمه بين الشركاء لايجيز للمشترى طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل اجراء القسمه ووقوع المبيع فى نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا (١) .

كما قضت محكمة النقض بان من المقرر فى قضاء النقض انه لايجوز للمشترى للقدر المفرز فى العقار الشائع ان يطالب بالتسليم مفرزا قبل حصول القسمة الا برضاء باقى الشركاء جميعا (٢) .

= هذا وقد رأينا أن المشترى لجزء مفرز من المال الشائع لا يعتبر شريكا بحصة شائعة ، فلا يجوز له ان يسترد حصة شائعة لشريك آخر باعها هذا الاجنبى ، كما لا يجوز له ان يطلب بالشفعة هذه الحصة الشائعة فى عقار معين بالذات (نقض مدنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ ص ١٠٩) . واذا اشترى هذا المشترى بعد ذلك حصة شائعه فى العقار المعين بالذات، وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة، جاز له ذلك ، اذ ان المشترى لم يكن قبل شرائه للحصة الشائعة شريكا بموجب شرائه للجزء المفرز ، فلا يستطيع ان يحتج بأن الشفعة لاتجوز لشريك من شريك آخر مثله (نقض مدنى ٢٥ يونية سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٠ ص ١١٨٧) . وأنظر اسماعيل غانم فقرة ٨٠ ص ١٧٩ هامش ٤ — حسن كيرة فقرة ١١٩ ص ٣٦٦ — ص ٣٩٨ .

(١) نقض مدنى فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٣٦١ صفحة ١٨٩٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لايجوز للمشترى لقدر مفرز فى العقار الشائع ان يطالب بالتسليم مفرزا لأن البائع له — الشريك على الشيوع — لم يكن يملك وضع يده على حصة مفرزة قبل حصول القسمة الا برضاء باقى الشركاء جميعا ، ولايمكن ان تكون للمشترى حقوق اكثر مما كان لسلفه ، هذا الى مايترتب على القضاء بالتسليم فى هذه الحالة من افراز لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذى رسمه القانون (نقض مدنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ رقم ٢٦ صفحة ١٨٩٤) .

(٢) نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٨٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٥ رقم ٢١٩ صفحة ١١٤٩ .

وقضت محكمة النقض أيضا بأن بيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشـائع قبل اجراء القسمة ، لا يجيز للمشترى طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه ولو كان عقده مسجلا فيظل معلقا على نتيجة القسمة ، اذ أن استقرار التصرف على ذات المحل رهين بوقوعه ـ بعد القسمة ـ فى نصيب البائع له ، فاذا وقع فى غير نصيبه ورد التصرف على ما آل للمتصرف نتيجة القسمة (١) .

هذا ويجوز ، قبل القسمة ، أن يقر الشريك الأخر البيع الصادر من الشريك الأول . وعند ذلك يصبح البيع نافذا فى حقه فى حصـته الشائعة، وتخلص ملكية الجزء المفرز المبيع كله للمشترى بعد التسجيل. وقد يكون هذا الاقرار ضمنيا ، بأن يرتضى الشريك الآخر الوضع الذى اختاره الشريك الأول ، ويعتبر الجزء المفرز الذى باعه الشريك الأول هو نصيب هذا الشريك فى كل الأرض الشائعة ، ويتصرف هو فى الجزء المفرز الآخر كما لوكان مالكا له كله . فتكون الأرض الشائعة بذلك قد قسمت بين الشريكين قسمة فعلية ، واختص كل منهما بجزء مفـــرز فيهـــا (٢) .

---

(١) نقض مدنى فى ٢٥ مارس سنة ١٩٨٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٥ رقم ٥٣ صفحة ٨٠٣ .
كما قضت محكمة النقض بان النص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على ان « اذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى التصرف بطريق القسمة » ، يـدل على ان بيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل اجراء القسمة بين الشركاء لا يجيز للمشترى طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل اجراء القسمة ووقوع المبيع فى نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا (نقض مدنى فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٣ رقم ١٥٩ صـــفحة ٨٢٥) .

(٢) نقض مدنى٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر٤ رقم١٨٨ص٥٠٣ ــ اسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٧ هامش ٢ . كذلك لو تلقى الشريـك البائع ملكية حصة الشريك الآخر ببيع او هبة او ميراث مثلا ، فانه يصـبح هو المالك لكل الأرض ، وينفذ بيعه للجزء المفرز دون توقف على اقرار احد (اسماعيل غانم فقرة ٧٦ ص ١٦٧) .

٥٣٢ — حكم التصرف بعد أن تتم القسمة :

فاذا قسمت الأرض الشائعة بين الشريكين ، فلا تخلو الحال من أحد أمرين :

(الأمر الأول) أن يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب الشريك البائع ، وحكم ذلك واضح ، ولذلك لم تعرض له المادة ٨٢٦/٢ مدنى . ذلك ان ملكية الجزء المفرز المبيع تخلص للمشترى بالتسجيل ، بعد أن وقعت فى نصيب الشريك البائع ، فاستقر البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة ، ولم يعد للشريك الاخر اى حق فى الجزء المفرز المبيع .

(الأمر الثانى) ألا يقع الجزء المفرز المبيع فى نصيب الشريك البائع ، بل يقع فى نصيبه الجزء المفرز الاخر ، وهذا هو الأمر الذى عرضت له المادة ٨٢٦/٢ مدنى . لأن هذا النص أراد أن يقرر حكما ينحرف به عن مجرد تطبيق القواعد العامة ، فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أن المشترى ، وقد ضاع عليه الجزء المفرز الذى اشتراه بالذات ، لايجبر على قبول الجزء الاخر الذى وقع فى نصيب البائع . فمن حقه اذن أن يطلب فسخ البيع ، أو ابطاله باعتباره صادرا من غير مالك (١) . ولكن المادة ٨٢٦/٢ مدنى تقول كما رأينا : « واذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع . ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة » . فتنتقل

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٢٦/٢ مدنى يطبق القواعد العامة ولا ينحرف عنها كما بينا (انظر آنفا فقرة ٥٢٨ فى الهامش) . ولهذا جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما اذا وقع التصرف على جزء مفرز من المال الشائع ، كما اذا باع مالك الحصة الشائعة جزءا مفرزا أو رهنه رهنا رسميا او رهن حيازة ، فيكون البيع أو الرهن صحيحا اذا وقع هذا الجزء المفرز عند القسمة فى نصيب المالك الذى صدر منه التصرف . فاذا لم يقع فى نصيبه ، عد التصرف صادرا من غير مالك واخذ حكمه ، الا فى الرهن الرسمى فقد وردت فى شأنه احكام خاصة لأهميته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٨١) .

اذن ، بعد التسجيل ، ملكية الجزء المفرز الآخر الذى وقع فى نصيب الشريك البائع الى المشترى ، ويحل هذا الجزء حلولا عينيا محل الجزء المفرز المبيع • ومن ثم يعتبر البيع واقعا ، لا على الجزء المفرز المبيع فى الاصل . بل على الجزء المفرز الذى وقع بعد القسمه فى نصيب الشريك البائع (١) • وتعليل ذلك واضح ، فان المشترى وهو يعلم ان البائع لايملك الا الجزء المفرز الذى يبيعه ، يكون قد ارتضى مقدما شراء ما ستتركز عليه حصه البائع الشائعه بعد القسمه كما سبق القول •

وقد قضت محكمه النقض بانه لئن كان مع الشريك المشتاع لقدر مفرز من نصيبه لا ينفذ فى حق باقى الشركاء بل يظل معلقا على نتيجه القسمه الا انه يعتبر صحيحا ونافذاً فى حق الشريك البائع ومنتجا لآثاره القانونيه على نفس المحل المفرز المتصرف فيه قبل القسمه . اما بعد القسمه فاستقرار التصرف على ذات المحل رهين بوقوعه فى نصيب الشريك البائع . فان وقع فى غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذى يقع فى نصيبه نتيجه القسمه • وينبنى على ذلك انه اذا سجل المشترى لقدر مفرز من الشريك المشتاع منذ شرائه ، انتقلت اليه ملكيه هذا القدر المفرز فى مواجهه البائع له فى فتره ما قبل القسمه بحيث يمتنع على البائع التصرف فى هذا القدر الى الغير ، فان تصرف فيه كان بائعا لملك الغير فلا يسرى هذا البيع فى حق المالك الحقيقى وهو المشترى الاول الذى انتقلت اليه ملكية هذا العقد من وقت تسجيل عقد شرائه (٢) •

وقد طبق التقنين المدنى تطبيقا عمليا هذا الحكم فى الرهن الرسمى ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المشترى لجزء مفرز لم يقع فى نصيب البائع له ، ليس له ان يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء طالما ان القسمة وان لم تسجل تعتبر حجة عليه (نقض مدنى فى ١٢ فبراير سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام السنة ٣١ رقم ٩٢ صفحة ٤٧٦) •

(٢) نقض مدنى فى ١٧ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٨٣ صفحة ٤٠٢ •

فنص فى المادة ١٠٣٩/٢ مدنى على ما يأتى : « واذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءا مفرزا فى هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، ولايضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين » . وسنبحث ذلك تفصيلا عند الكلام فى الرهن الرسمى . وتجتزى هنا بالقول ان هذا النص ليس الا تطبيقا ، فيما يتعلق بالرهن الرسمى ، لنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى سالفة الذكر . ويمكن نقل الاجراءات الواردة فيه الى جميع التصرفات ، سواء كان التصرف رهنا رسميا أو رهن حيازة أو بيعا أو غير ذلك ، باعتبار أن هذا النص مكمل لنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى . ففى البيع الذى نحن بصدده ، ينتقل العقد الى قدر من الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك البائع يعادل الجزء المفرز الذى وقع عليه البيع أصلا ، ولما كان المفروض أن القسمة قد فرزت الارض الشائعة الى جزئين مفرزين متعادلين ، فليس للمشترى أن يتضرر من ان يقع البيع على الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك البائع . على أنه اذا كان هناك فرق فى القيمة ما بين الجزئين ، ولم يتفق المشترى والبائع على شىء فى هذا الأمر ، استطاع أى منهما أن يلجأ الى القضاء للمطالبة بالفرق : البائع اذا كان الجزء الذى وقع فى نصيبه أكبر قيمة من الجزء المبيع ، والمشترى اذا كان الجزء المبيع هو الأكبر قيمة . وعلى كل حال يجب أن يؤشر المشترى على هامش تسجيل القسمة بالبيع الصادر له ، حتى يكون هذا البيع نافذا فى حق الغير منذ هذا التأشير (١) .

---

(١) فقد لا نستطيع هنا، دون نص، أن نعطى للمشترى مهلة التسعين=

٢ — تصرف الشريك فى كل المال الشائع

٥٣٢ — المشترى يعتقد أن البائع يملك كل المال الشائع :
وقد يتصرف أحد الشركاء وحده فى كل المال الشائع ، فيبيع ، فى المثل الذى أسلفناه ، أحد الشريكين كل الأرض . فاذا كان المشترى يعتقد وقت أن اشترى أن البائع يملك كل الأرض ولا شريك له فيها ، فانه يكون قد وقع فى غلط فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع . ومن ثم يجوز له أن يطلب ابطال البيع للغلط . وله كذلك أن يطلب ابطال البيع فى الحصة الشائعة التى للشريك الآخر ، لأن الشريك الأول قد باعها وهو غير مالك لها ، فيكون هذا هو بيع ملك الغير . والفرق بين هذه الحالة والحالة التى يبيع فيها الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع حيث لايجوز للمشترى أن يطلب ابطال البيع فى الحصة الشائعة التى للشريك الآخر ، أنه فى هذه الحالة الثانية قدمنا أن هناك احتمالا أن يقع كل الجزء المفرز المبيع فى نصيب البائع ، أما فى الحالة التى نحن بصددها فهذا الاحتمال منتف لأن الشريك البائع قد باع كل المال الشائع وهو لايملك فيه الا النصف . ولذلك قررنا ، عند الكلام فى البيع ، أنه « اذا باع الشريك كل المال الشائع ، وكان المشترى وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فان البيع يكون قابلا للابطال فى حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى ، وفى حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك

= يوما التى اعطاها القانون فى حالة الرهن الرسمى (عبدالمنعم البدراوى فقرة ١٢٩ — وقارن حسن كيرة فصلة من مجلة كلية الحقوق ص ٧٢) . ومع ذلك يذهب كثير من الفقهاء ، ولا نرى مانعا من الأخذ برايهم ، الى أن كل الاجراءات الواردة فى المادة ١٠٣٩/٢ مدنى ، ويدخل فى ذلك مهلة التسعين يوما ، تطبق فى الرهن الرسمى وفى غيره من التصرفات كالبيع (محمد على عرفة فقرة ٣٠٢ — سليمان مرقس ومحمد على امام فى البيع فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٩ — اسماعيل غانم فقرة ٧٧ ص ١٧٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٥ ص ٢٠٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٧٥ — ص ١٧٦) .

انما هو بيع لملك الغير » (١) .

واذا أجاز المشترى البيع ، لم يعد يستطيع الطعن فيه بالابطال لا للغلط ولا لأنه بيع ملك الغير . وانما يستطيع أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، لأن الشريك الآخر يستحق نصف المال الشائع ، وأيا كانت نتيجة القسمة فان المال الشائع كله لن يخلص للشريك البائع.

ومع ذلك يجوز للشريك البائع أن يحصل على ملكية النصف الشائع الذى للشريك الآخر ، فتخلص له ملكية المال الشائع كله ، ومن ثم تنتقل هذه الملكية بالتسجيل الى المشترى .

٥٣٤ — المشترى يعلم أن للبائع شريكا فى المال الشائع :

واذا كان المشترى يعلم وقت الشراء أن للبائع شريكا فى المال الشائع ، امتنع عليه الطعن فى البيع للغلط ، ويكون فى هذه الحالة قد اعتمد على أن البائع سيستخلص ملكية المال الشائع كله ، لينقلها اليه .

فاذا استطاع البائع أن يستخلص ملكية المال الشائع كله ، فقد تحقق ما توقعه هو وما توقعه المشترى معه ، وانتقلت ملكية المال الشائع كله الى المشترى بالتسجيل . أما اذا لم يستطع البائع استخلاص ملكية المال الشائع كله ، فانه يكون للمشترى الحق فى طلب فسخ البيع . وقد سبق أن قررنا ، عند الكلام فى البيع ، فى هذا الصدد ما يأتى : « فاذا كان المشترى يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء فى المال المبيع ، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال ، كان للمشترى الحق فى طلب فسخ البيع . فان وقع جزء مفرز من المال المبيع فى نصيب البائع عند القسمة ، كان للمشترى الحق اما فى أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، واما فى فسخ البيع لتفرق الصفقة . واذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع ، كأن حصل على اقرار الشركاء للبيع أو اشترى

(١) الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٦٩ ص ٣٨٢ .

حصصهم أو انتقلت اليه هذه الحصص بأى سبب من أسباب انتقال الملكية . لم يعد للمشترى الحق فى طلب فسخ البيع ، اذ تنتقل اليه من البائع منديه كل المال المبيع ولا تتفرق عليه الصفقه » (١) .

٥٢٥ — أثر تصرف الشريك فى حقوق باقى الشركاء :

أما باقى الشركاء فانهم يعتبرون من الغير فى التصرف الذى يصدر من الشريك فى كل المال الشائع ، وذلك بالنسبة الى حصصهم الشائعة فى هذا المال . ولكن التصرف ينفذ فى حقهم بالنسبة الى الحصة الشائعة التى للشريك البائع (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن نص المشرع فى المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها . واذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة .... » ثم نص فى المادة ٩٣٦ من هذا القانون على أنه « يثبت الحق فى الشفعة للشريك فى الشيوع اذا بيع شىء من العقار الشائع الى اجنبى » ، يدل على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وان كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمه أو اجازة الشركاء فى الشيوع ، ومتى كان هذا

---

(١) الوسيط الجزء الرابع الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٦٩ — وانظر اسماعيل غانم فقرة ٧٨ — شمس الدين الوكيل فى التأمينات فقرة ٤٣ وفقرة ٤٥ — وقارن محمد على عرفة فقرة ٣٠٣ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٥ — شفيق شحاتة فقرة ١٤٣ — حسن كيرة فقرة ١١٤ ص ٦٥ هامش ١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٤ ص ١٩٩ .

(٢) محمد على عرفة فقرة ٣٠٣ ص ٤٠٦ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٥ — حسن كيرة فقرة ١١٤ ص ٣٦٧ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٤ .

وانظر نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٩٩١ .

البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الافراز الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع ، فانه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع وفقا لصريح عبارة النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى (١) .

ومن ثم يحل المشترى محل الشريك البائع فى هذه الحصة ، ويصبح شريكا فى الشيوع مع سائر الشركاء (٢) . وليس لشريك من هؤلاء أن

---

(١) نقض مدنى فى أول مايو سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٢٤٤ صفحة ١٢٨٣ .

كما قضت محكمة النقض بأن مؤدى نص المادتين ٨٢٦ و ٩٣٦ من القانون المدنى ان للمالك على الشيوع الحق ان يبيع ملكه محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وان كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة او اجازة الشركاء فى الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لاجنبى وكان الافرار الذى تحدد به محل البيع لايحاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاءا او رضاءا مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع ، فانه ينبنى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع وفقا لصريح عبارة النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى . (نقض مدنى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٨٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٤ رقم ٧٦ صفحة ٣٤٠) .

وقضت محكمة النقض ايضا بأن المالك على الشيوع يملك بقدر نصيبه فى كل ذرة من العقار المشاع ومن ثم فانه يجوز له أن يطلب الشفعة فى العقار المجاور ولو لم يشترك معه فى طلبها باقى شركائه فى الملك ولا يؤثر فى ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع لأن القانون انما يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وان يبقى مالكا لحين الأخذ بالشفعة وبقاء الجوار شرطا لبقاء الاستحقاق (نقض مدنى فى ٥ مارس سنة ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ العدد ١ رقم ١٣١ صفحة ٧٠٨) .

(٢) وقد راينا أن الشريك اذا باع جزءا مفرزا فى المال الشائع ، فان المشترى لا يعتبر شريكا بحصة شائعة مع الشركاء فى المال الشائع (انظر آنفا فقرة ٥٣١ فى الهامش) . أما هنا ، وقد باع الشريك كل المال الشائع ، فانه يكون قدباع ضمنا حصته الشائعة فى هذا المال وخرج من عداد الشركاء فى الشيوع ، فيحل محله المشترى فى حصته الشائعة ، ويصبح شريكا بدلا منه مع سائر الشركاء .

يتعرض للمشترى فى حصته الشائعة ، ولا أن يطلب ابطال البيع فى هذه الحصة ، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها ٠

وقبل القسمة ، يملك بقية الشركاء مطالبة المشترى بالاتفاق معهم على طريقة الانتفاع بالمال ، بعد أن أصبح مملوكا لهم وللمشترى على الشيوع (١) ٠ ولهم أن يطالبوه بالقسمة ، فاذا تمت القسمة اختص كل منهم بما يقع فى نصيبه ، ورجع المشترى على الشريك البائع بدعوى الاستحقاق الجزئى بقدر حصص الشركاء الآخرين (٢) ٠

الفــــرع الثــانى

قســمة المــال الشــائع

٥٣٦ — الأصل عدم اجبار الشركاء على البقاء فى الشيوع :

بالرغم من أن التقنين المدنى الجديد قد نظم الملكية الشائعة تنظيما مفصلا ، فوضع قواعد عملية لادارتها ادارة معتادة وادارة غير معتادة وللتصرف فيها ، مما يجعل البقاء فى الشيوع ولو الى حين أمرا غير شاق على عكس ما كانت عليه الحال فى عهد التقنين المدنى السابق حيث لم يكن الشيوع منظما ، بالرغم من كل ذلك فان البقاء فى الشيوع لايزال أمرا غير مرغوب فيه ، ولا يجبر الشركاء عليه ٠ فلازال الشيوع مصدر متاعب ، وكثيرا ما يختلف الشركاء فى الشيوع ويغلب أن يكونوا أعضاء أسرة واحدة فيتكدر صفو الأسرة من جراء هذا الاختــلاف ٠ ثم ان استقلال الفرد باستغلال ملكه أمر لا شك فى رجحانه على الاستغلال الجماعى للشركاء فى الشيوع ، وفيه حافز قوى على العمل والابتداع ٠ ومن ثم قضى القانون بأن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع لازالة

---

(١) استئناف مصر ٢٤ ابريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٤١ رقم ٣١ ص ٤٦ ٠

(٢) انظر فى كل ذلك الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ١٧٠ وص ٣٨٤ هامش ٢ ٠

الشيوع (١) ، ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بموجب نص أو اتفاق .

وقد قضت محكمة النقض بانه اذ كان من المقرر أن عقد القسمة ينعقد بين الشركاء فى ملكية المال الشائع ومحله المال المملوك ملكية شائعة بين الجميع وهو من العقود التبادلية التى تتقابل فيها الحقوق ، وكان المطعون عليهما الأول والثانى لا يملكان فى مال مورث الطاعنين — الثلاثة أفدنة التى اشتراها من المطعون عليه الأخير — شيئا ، فان اقتسام هذا القدر لا تتوافر فيه شرائطه المقررة فى القانون لعقد القسمة . وكان مؤدى ذلك أن مورث الطاعنين يكون قد تنازل عن ماله لاخوته بدخوله فى عقد القسمة دون مقابل مما يجعل العقد هبة مستورة فى عقد قسمة فقد شروطه القانونية ولم تتم — باعتبارها هبة — فى ورقة رسمية فتقع باطلة طبقا لنص المادة ٤٨٨ من القانون المدنى (٢) .

والشريك فى الشيوع قد يجبر على البقاء فى الشيوع بموجب

---

(١) واذا كانت القسمة هى السبب الرئيسى لازالة الشيوع ، فان هناك اسبابا اخرى غير القسمة تزيل الشيوع . من ذلك ان يكسب احد الشركاء حصص باقى الشركاء جميعها ، او يكسب اجنبى حصص جميع الشركاء ، بأى سبب من اسباب كسب الملكية كالعقد أو الميراث او الوصية او الشفعة او التقادم . فتتجمع كل الحصص الشائعة فى يد مالك واحد ، ويترتب على ذلك أن يزول الشيوع . وكذلك قد يتحول الشيوع الى شركة ذات شخصية معنوية ، فيملك الشخص المعنوى المال الذى كان شائعا ويزول الشيوع (بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣٠٥٢ — حسن كيرة فقرة ١٢٨ ص ٤٣٩) — وفيما يتعلق بزوال الشيوع بالتقادم دون القسمة ، قضت محكمة النقض بانه لاتلازم بين نفى القسمة وقيام الشيوع ، لأن واحدا من الملاك المشتاعين او بعضهم قد يستقل بوضع يده على جزء من الملك الشائع بنية تملكه لنفسه ، وقد يتم هذا التملك بانقضاء المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وفى هذه الصورة لايوجد شيوع مع أن قسمة لم تقع (نقض مدنى ٤ ابريل سنة ١٩٤٧ ملحق المحاماة ٢٧ رقم ١١٦ ص ٢٨١) .

(٢) نقض مدنى فى ١٠ يونيه سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ رقم ٣٢٢ صفحة ١٧٣٢ .

نص ، وهذا هو الشيوع الاجبارى (١) • وسنرى أن القانون يقضى فى شأن هذا الشيوع الاجبارى بأن « ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته ، اذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع » (م ٨٥٠ مدنى) • وسنبحث فيما يلى بالتفصيل الشيوع الاجبارى وأنواعه المختلفة •

٥٣٧ — جواز الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة معينة — نص قانونى :

تنص المادة ٨٣٤ مدنى على ما يأتى :

« لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبرا على

---

(١) وهناك أيضا نص فى قانون الولاية على المال يمنع من اجراء القسمة لمدة لا تجاوز خمس سنين ، فقد نصت المادة ٤١ من هذا القانون على انه « اذا رفعت دعوى (القسمة) على القاصر او المحجور عليه او الغائب من وارث آخر ، فللمحكمة ، بناء على طلب من ينوب عنه او بناء على طلب النيابة العامة ، ان توقف القسمة لمدة لا تجاوز خمس سنوات اذا ثبت لها ان فى التعجيل بها ضررا جسيما » .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لقانون الولاية على المال فى هذا الصدد: « وقد استقى هذا الحكم من القانون المدنى الايطالى ، واريد منه الى دفع كل ضرر جسيم قد يلحق بمصالح المحجور عليه او الغائب من جراء التعجيل بقسمة المال الشائع . ومن المفهوم ان وقف القسمة مدى السنوات الخمس يجب أن يقتصر على مدة القصر او الحجر او الغيبة ، اما اذا بلغ القاصر او رفع الحجر او حضر الغائب قبل انتهاء هذه المدة ، فلاشك فى ان وقف الاجراءات يزول بزوال مقتضيه . فمن الفروض ما تكون فيه قسمة المال الشائع ضارة كل الضرر بمصالح القاصر ، كما هو الشأن لو هبطت اثمان العقارات هبوطا جسيما فى فترة من الفترات ، وكان مآل هذا المال البيع لعدم امكان القسمة أو البيع بثمن بخس بعد القسمة ، وكما هو الشأن فى الحالات التى يكون فيها بقاء الشيوع ضمانا لحسن استغلال العين الشائعة بما فى ذلك نصيب القاصر ، ويتحقق ذلك فى الأراضى الزراعية مثلا عندما يكون شركاء القاصر من المتخصصين فى الزراعة ويكون هو من قطان المدن ، كما يتحقق فى حالة ما اذا كان القاصر شريكا فى متجر او مصنع تولى ادارته احد الشركاء .. بيد انه لاحظ من ناحية اخرى أن النص الجديد لايتناول الا حالة الشيوع الناشئة من الميراث فى اموال بخصوصها ، فهو لا يطبق على القسمة التى تكون نتيجة التصفية كما هو الشأن فى الشركات » .

البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق . ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنين ، فاذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٢) .

---

(١) **تاريخ النص :**
ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٢ من المشروع التمهيدى مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ٢ — ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع ، حتى الى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك » . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص بعد أن حذفت منه الفقرة الثانية ، وأصبح رقمه ٩٠٥ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب أعيدت الفقرة الثانية التى كانت لجنة المراجعة قد حذفتها ، ووافق مجلس النواب على النص بعد هذا التعديل تحت رقم ٩٠٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح مرة أخرى حذف الفقرة الثانية « بحجة أن القاعدة القانونية هى أن الاتفاق قانون المتعاقدين ، ولذا لا يصح الخروج عليها الا لسبب يتعلق بالنظام العام ، ويجب احترام اتفاقات الشركاء فى هذا الشأن لأنه قد تكون لهم ظروف قوية فى البقاء أو عدم البقاء فى الشيوع » . وعارض أحد الأعضاء هذا الاقتراح « قائلا ان من المصلحة اعطاء القاضى شيئا من السلطة ليتدخل فى بعض حالات الشيوع الضارة ، فالرخصة المنصوص عليها فى هذه الفقرة لها قيمتها ، والمفروض أن القاضى سيستعملها استعمالا معقولا ، وسيخضع فى ذلك لرقابة محكمة الاستئناف » . ولما أعادت اللجنة مناقشة الفقرة الثانية فى جلسة تالية ، وافقت الأغلبية على حذفها « توخيا لاستقرار التعامل » . وقد أصبح النص بعد حذف الفقرة الثانية مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٨٣٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٠ — ص ١٠٤) .

(٢) ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن تقنين المرافعات الأسبق كان يشتمل على نص هو المادة ٦٢١ / ٧١١ تجرى على الوجه الآتى : « يجوز لكل شريك فى عقار مشاع أن يطلب قسمته ، ولا يصح الاتفاق على خلاف ذلك الا ممن يكون أهلا للتصرف لمدة لا تزيد على خمس سنوات بالأكثر . وتتبع فى القسمة القواعد المقررة فى القانون المدنى » . ونص تقنين المرافعات يتفق فى حكمه مع نص التقنين المدنى الجديد ، الا أنه يشترط أهلية التصرف .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٨٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٤٣ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٧٠ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٨٤٠ و ٨٤١ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٣٠ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٦٠ (١) .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٨٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٠ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٠ : لا يجبر احد على البقاء فى الشيوع ، فلكل شريك أن يطلب القسمة ، وكل نص مخالف يكون باطلا .

م ٨٤١ : ومع ذلك يجوز الاتفاق على أن الشريك لا يمكنه أن يطلب القسمة الا بعد انصرام مدة معينة من الزمن لا تتجاوز خمس سنوات على الأكثر . على أن المحكمة يجوز لها ، حتى فى هذه الحالة ، أن تأمر بحل للشركة والقسمة فى أثناء المدة المتفق عليها لاستمرار الشيوع — انظر أيضا قانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ .

(والقانون اللبنانى يتفق مع القانون المصرى ، فيما عدا أن القانون اللبنانى يجيز للقاضى ان يأمر بالقسمة حتى قبل انقضاء المدة المتفق عليها للبقاء فى الشيوع) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٣٠ : ١ — لكل شريك أن يطلب قسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى القانون أو التصرف ، ولا يجوز الاجبار على البقاء فى الشيوع بمقتضى التصرف القانونى الى اجل يجاوز خمس سنين . فاذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة سرى الاجبار فى حق الشريك ومن يخلفه . ٢ — ومع ذلك فللمحكمة ، بناء طب أحد الشركاء أن تأمر بالبقاء فى الشيوع مدة تحددها او بالاستمرار فيه الى اجل لاحق للأجل المشروط وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها ان تأمر بالقسمة قبل انقضاء الأجل المشروط اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك .

(ونص الفقرة الأولى من النص الكويتى موافق لنص المادة ٨٣٤ من التقنين المصرى ، ولكن الفقرة الثانية كانت موجودة بالمشروع فى التقنين المصرى وحذفتها لجنة مجلس الشيوخ رغم انها كانت تجعل الاتفاق على البقاء فى الشيوع اتفاقا بالغ المرونة) .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٦٠ : مع مراعاة ما جاء فى المادتين ١٠٤٣ و ١٠٤٤ من هذا القانون ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذى خصص له هذا المال انه يجب أن يبقى دائما على الشيوع .

(والتقنين الأردنى يختلف عن التقنين المصرى فى أنه لم تتضمن نصا =

ويتبين من هذا النص أن كل شريك ، ما لم يكن فى شيوع اجبارى بموجب نص فى القانون ، وما لم يكن قد اتفق مع سائر الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة معينة ، من حقه فى أى وقت ما دام الشيوع قائما أن يطلب قسمة المال الشائع • فاذا كان الشيوع قد زال بالقسمة ، لم يجز طلب قسمة المال مرة أخرى بعد القسمة الأولى ، الا اذا ثبت أن القسمة الأولى باطلة أو أن بها عيبا يجيز ابطالها فأبطلت أو أنها فسخت أو زالت بأى وجه • كذلك لا يثبت الحق فى القسمة قبل ابتداء الشيوع • فاتفاق الورثة قبل موت مورثهم على قسمة ما سيؤول اليهم من تركته يكون باطلا باعتباره تعاملا فى تركة مستقلة (١) •

كذلك لا يجوز للشريك أن يطلب القسمة اذا كان قد تقيد باتفاق مع سائر الشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة معينة . وطوال هذه المدة • والذى يدعو الشركاء الى الاتفاق على البقاء فى الشيوع دواع متنوعة • فقد يكون بينهم من هو ناقص الأهلية تقتضى القسمة معه اجراءات معينة قد تطول ، ويكون ناقص الأهلية سيستكمل أهليته بعد زمن غير طويل ، فيتفق الشركاء ، ويتفق معهم النائب عن ناقص الأهلية . على أن يبقوا جميعا فى الشيوع الى أن يستكمل ناقص الأهلية أهليته • وقد يكون بين الشركاء فى الشيوع غائب يتوقعون قدومه بعد مدة معينة . فيتفق باقى الشركاء على البقاء فى الشيوع هذه المدة حتى يقدم الغائب • وقد يكون أمام الشركاء فى الشيوع مشروع لاستغلال المال أو لاجراء اصلاحات فيه وهو فى حالة الشيوع ، فيتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع المدة اللازمة للقيام بهذا المشروع أو لانجاز الاصلاح المطلوب • وقد تقتضى القسمة بيع بعض أعيان شائعة ، وبيعها فورا يعود عليهم بخسارة ، فيستبقون بالاتفاق الشيوع لمدة معينة حتى

= على جواز الاتفاق على البقاء فى الشيوع وقصره البقاء فى الشيوع على حالة الشيوع الاجبارى اذا تبين أن الغرض الذى خصص له المال الشائع يستوجب بقاءه دائما على الشيوع) .

(١) بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٦٤٤ .

تواتى فرصـــة ملائمة لبيع هذه الأعيان (١) • وهكذا نرى أن هنـــاك أسبابا متنوعة قد تقتضى من الشركاء أن يبقوا فى الشيوع مدة معينة ، فيعمدون الى الاتفـــاق فيما بينهم على البقاء فى الشـــيوع طوال هذه المدة (٢) •

والاتفاق على البقاء فى الشيوع يقع عادة بين جميع الشركاء ، ولما كان البقاء فى الشيوع عملا من أعمال الادارة ، فالاتفاق عليه لا يقتضى من الشريك الا أن يكون متوافرا على أهلية الادارة ، فلا تلزم أهليـــة التصرف (٣) • وليس من الضرورى أن يدخل فى الاتفاق جميع الشركاء ، فقد يتفق بعض الشركاء على البقاء فى الشيوع ، فيكون هذا الاتفـــاق ملزما لهم دون غيرهم من الشركاء الذين لم يدخلوا فى الاتفاق (٤) • وقد رأينا مثلا لذلك فيما قدمناه من الاتفاق على البقاء فى الشيوع بين الشركاء اذا كان بينهم غائبون ، فلا يدخل هؤلاء فى الاتفاق ولا يكون ملزما لهم (٥) •

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٨٣ ص ٦٧٠ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الاتفاق على البقـــاء فى الشـــيوع مقصورا على بعض الأموال الشائعة دون البعض الآخر (بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢٣٤٣ ص ٧٦٣) .

(٣) انظـــر فى هذا المعنى بودرى وفال فى المواريث ٢ فقـــرة ٢١٨٩ مكـــررة .

(٤) أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ indivision فقرة ٢١٢ — اسماعيل غانم فقـــرة ٨٨ ص ٢٠٥ — حسن كيرة فقرة ٤٥١ ص ٤٥٥ — منصـــور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ .

(٥) والاتفاق على البقاء فى الشيوع ملزم للشريك الذى دخل فيـــه ، ولخلفه العام والخاص ، أى للوارث وللمشترى حصة الشريك . ونص المادة ٨٣٤ مدنى صريح ، كما رأينا ، فى الزام الخلف . ولما كان النص مطلقـــا ، فان الخلف الخاص (المشترى) يلتزم بالاتفاق سواء كان يعلم وقت الشراء بوجود الاتفاق او لم يعلم . وهذا على خلاف القـــاعدة العـــامة فى الخلف الخاص ، الذى لا ينتقل اليه التزام سلفه الا اذا كان عالما به وقت التعاقد مع هذا السلف . انظر فى هذا المعنى اســـماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٣ هامش ٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ — منصور مصطفى منصـــور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ — عكس ذلك حسن كيرة فقرة ١٣٧ ص ٤٥٦ هامش ٢ .

وقد رأينا أن المادة ٨٣٤ مدني تعين للاتفاق على البقاء في الشيوع حدا أقصى للمدة هو خمس سنوات ، حتى لا يجبر الشركاء على البقاء في الشيوع الا مدة معقوله . فاذا حدد الشركاء المدة التي يبقون فيها على الشيوع بسنة أو بأقل أو بأكثر ، جاز ذلك بشرط ألا تزيد المدة على خمس سنوات . فان حدد الشركاء مدة أطول من خمس سنوات ، أو جعلوا الاتفاق مؤبدا ، أو حددوا مدة غير معينة (١) ، كانت المدة في جميع هذه الفروض خمس سنوات لا تزيد (٢) .

على أنه من الجائز ، اذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة خمس سنوات ، وانقضت هذه المدة ، أن يجددوا الاتفاق لمدة خمس سنوات ثانية ، ثم لمدة خمس سنوات ثالثة ، وهكذا . ولكن اذا كان قد انقضى من احدى هذه المدد وقت يقل عن خمس سنوات ، كأن انقضى ثلاث سنوات ، وعمد الشركاء الى التجديد ، فان التجديد في هذه الحالة لا يجوز أن يكون الا لمدة لا تزيد على خمس سنوات تبدأ من وقت

---

(١) ومثل تحديد مدة غير معينة أن يتفق الشركاء على البقاء في الشيوع حتى موت احدهم (الأم أو الأب مثلا) (بودري وفال في المواريث ٢ فقرة ٢١٨٥ ص ٦٧١) . كذلك تكون المدة خمس سنين اذا لم يحدد الشركاء في الاتفاق على البقاء في الشيوع مدة أصلا (بودري وفال في المواريث ٢ فقرة ٢١٨٥ ص ٦٧١ — ص ٦٧٢ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢٧٩٧ — بلانيول وريبير وموري وفيالتون فقرة ٤٨٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي : « وقد يتفق الشركاء في الشيوع المعتاد على البقاء فيه الى اجل يجب الا يزيد على خمس سنين ، فان زاد أنقص الى المدة المنصوص عليها في هذه المادة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠١) . وجاء في المادة ١٠٧٠ مدني عراقي : « فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير غير معينة ، فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين » .

اما اذا تبين ان الشركاء ، وقد تعاقدوا على مدة أطول من خمس سنوات ، ما كانوا ليتعاقدوا لو ان المدة كانت خمس سنوات فقط ، فعند ذلك يكون التعاقد كله باطلا تطبيقا للمادة ١٤٣ مدني (اسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٣ — ص ٢٠٤ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ — حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٧ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨) .

نهايه ثلاث السنوات التى انقضت ، لا من وقت انقضاء خمس السنوات التى كان الاتفاق قد تم عليها • فتجديد المدة معناه هنا اذن استبدال المده الجديدة بالباقى من المدة القديمه (١) • ولو قلنا بغير ذلك لامكن الشركاء بطريق غير مباشر ان يتعاقدوا على مدة اطول من خمس سنوات ، بأن يتعاقدوا أولا على خمس سنوات وفى اليوم التالى مثلا يتعاقدون على خمس سنوات اخرى ، فيصلوا بذلك الى التعاقد على عشر سنوات (٢) •

وقد قدمنا (٣) • أن قسمة المهايأة المكانية لا يجوز أن تزيد على خمس سنوات لأن الشركاء يبقون فى الشيوع فى خلال هذه المدة ، ولا يقتسمون الا المنفعة ، فاذا زادت مدة المهايأة على خمس سنوات ، كان فى هذا اجبار للشركاء على البقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (٤) ، وهذا ما يخالف المادة ٨٣٤ مدنى التى نحن بصددها (٥) •

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٩٤ — اوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٦ — بلانيول وريبير ومورى وفيالتون فقرة ٤٨٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢٧٩٨ •

(٢) محمد على عرفة فقرة ٣١٩ ص ٤٢٦ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥١ ص ١٨١ — اسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ — حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٠ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٨ •

ويترتب على ذلك أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع لمدة خمس سنوات ، اذا تضمن شرطا يقضى بتجديد المدة بعد انقضائها ، لا يسرى الا لمدة خمس سنوات دون تجديد تلقائى (بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٩٤ ص ٦٧٧) . فاذا انقضت مدة خمس السنوات ، جاز للشريك ان يعارض فى التجديد ، وبذلك لا يكون ملزما لمدة تزيد على خمس سنوات . اما اذا كانت المدة الأصلية ثلاث سنوات مثلا ، وتضمن الاتفاق شرطا بالتجديد سنتين اخريين ، جاز ذلك ، اذ كان فى الامكان الاتفاق على خمس سنوات منذ البداية (حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٦) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٩٢ •

(٤) محمد على عرفة فقرة ٣٣٨ — وقارن اسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٦ — حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٩ — ص ٤٦٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٩ •

(٥) ويجوز للشركاء تحويل الشيوع الى شركة تتمتع بالشخصية =

وليس من الضرورى أن يكون ما يلزم الشركاء بالبقاء على الشيوع اتفاقا فيما بينهم وحدهم ، فيصح أن يكون اتفاقا بينهم وبين السلف الذى تلقوا منه المال الشائع ، كما اذا وهب شخص مالا لشخصين على الشيوع واشترط عليهما البقاء فى الشيوع لمدة لا تجاوز خمس سنوات لباعث مشروع • كذلك قد لا يكون هناك اتفاق أصلا ، كما لو أوصى شخص بمال لشخصين على الشيوع ، واشترط عليهما البقاء فى الشيوع لمدة لا تجاوز خمس سنوات لباعث مشروع • وتستخلص هذه الأحكام من المادة ٨٢٣ مدنى التى تجيز ، كما رأينا ، فى عقد هبة أو فى وصية أن يشترط الواهب أو الموصى عدم جواز التصرف فى المال الموهوب أو الموصى به ، فأولى أن يصح للواهب أو الموصى أن يشترط البقاء فى الشيوع وهو شرط أخف من شرط المنع من التصرف (١) •

= المعنوية ، وتكون هى المالكة للمال ما بقيت شخصيتها قائمة ولو زادت المدة على خمس سنوات (أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٧ — بلانيول وريبير وموری وفيالتون فقرة ٤٩١ — اسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ — حسن كيرة فقرة ١٢٨ ص ٤٣٩) •

(١) اسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٥ — ص ٢٠٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ٢٢١ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٨٩ — وانظر فى معنى عدم الجواز محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٩٧ — محمد على عرفة فقرة ٣١٩ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥١ — حسن كيرة فقرة ١٣٦ ص ٤٥٨ — ص ٤٥٩ •

أما فى فرنسا ، فيفرقون بين الهبة والوصية ، ففى الهبة — وهى اتفاق — يجوز اشتراط البقاء فى الشيوع طبقا لأحكام المادة ٨١٥ مدنى فرنسى • ويختلف الأمر فى الوصية ، فهى ليست اتفاقا ، ونص المادة ٨١٥ لا يجيز المنع (prohibition) من القسمة مهما قلت المدة ، ويجيز الاتفاق (convention) على البقاء فى الشيوع لمدة لا تجاوز خمس سنوات (بودرى ونال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٨٦) • وهناك من الفقهاء الفرنسيين من يجيز شرط البقاء فى الشيوع فى الوصية (ديمولومب ١٥ فقرة ٥١١ — أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٢ ص ١٤٧) — وقد صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية يفرق بين النصاب الجائز الايصاء به فيجوز فيه أن تتضمن الوصية شرط البقاء فى الشيوع ، وبين ما لم يدخل فى هذا النصاب فلا يجوز فيه للمورث أن يترك وصية يلزم بها الورثة البقاء فى الشيوع (نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دى باليه ١٩٤١ — ١ — ١٧ — وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢٨٠٤) •

وقد كان مشروع المادة ٨٣٤ مدنى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « ومع هذا فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع ، حتى الى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك » (١) • وقد كان هذا النص يجعل الاتفاق على البقاء فى الشيوع اتفاقا بالغ المرونة . فيمكن التحلل منه قبل انقضاء الأجل المحدد اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك ، ويمكن المد فى أجله . بل يمكن الالزام بالبقاء فى الشيوع حتى لو لم يوجد اتفاق على ذلك أصلا ، اذا كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء (٢) • ولما كان النص على هذا النحو يجعل من اليسير التحلل من شرط البقاء على الشيوع ، فقد حذفته لجنة مجلس الشيوخ « توخيا لاستقرار التعامل (٣) ، فأصبح الاتفاق على البقاء فى الشيوع ، على الوجه الذى سبق بيانه ، ذا قوة ملزمة . وتجب مراعاة الأجل المحدد فيه فلا يزيد ولا ينقص (٤) •

---

(١) انظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠١ .

(٣) انظر آنفا نفس الفقرة فى الهامش .

(٤) أما اذا لم يكن هناك اتفاق على البقاء فى الشيوع ، فالأصل أن للشريك كما قدمنا حق طلب القسمة ما دام الشيوع قائما ، ومع ذلك لا يجوز التعسف فى استعمال هذا الحق . فاذا طلب الشريك القسمة فى وقت غير مناسب وكانت القسمة فورا تضر بمصالح الشركاء وبمصلحته هو ، فان للقاضى رفض طلبه وابقاء الشيوع الى وقت تصبح فيه القسمة غير ذات ضرر كبير بمصالح الشركاء ، وقد يستعيض القاضى عن القسمة النهائية فى الحال بقسمة مهايأة تبقى الى أن يحين الوقت المناسب للقسمة النهائية . انظر فى هذا المعنى حسن كيرة فقرة ١٣٧ — وانظر عكس ذلك اسماعيل غانم فقرة ٨٨ ص ٢٠٦ — ص ٢٠٧ .

وقد مر بنا تطبيق تشريعى لهذا المبدأ ، اذ تنص المادة ٤١ من قانون الولاية على المال على انه « اذا رفعت دعوى (القسمة) على القاصر أو المحجور عليه او الغائب من وارث آخر ، فللمحكمة ، بناء على طلب من =

٥٣٨ — أنواع القسمة :

ويستخلص مما قدمناه أن كل شريك له أن يطلب قسمة المال الشائع فى أى وقت ما دام الشيوع قائما . وذلك ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بنص فى القانون او بموجب اتفاق على النحو الذى ينساه .

والقسمة يمكن تقسيمها الى أنواع مختلفة . فهى تنقسم اولا الى قسمة مؤقتة (partage provisionnel) وقسمة نهائيه (partage-definitif). فالقسمة المؤقتة هى قسمة المهايأة المكانيه أو الزمانيه على التفصيل الذى قدمناه (١) ، وهى قسمة منفعة لا قسمة ملك ، ولذلك لا تبقى الا لمدة معينة ، ومن ثم سميت بالقسمة الموقتة . أما القسمة النهائيه فهى قسمة ملك لا قسمة منفعة فحسب ، واذا تمت فانها تدوم ولا تزول كما تزول القسمة الموقتة ، ما لم تكن معلقة على شرط فاسخ وتحقق الشرط او معلقة على شرط واقف وتخلف الشرط ، فانها فى هذه الحالة تزول بأثر رجعى وتعتبر كأن لم تكن ، ومن ثم تسمى القسمة المعلقة على شرط بالقسمة غير الباتة (partage provisoire) . فهناك اذن فرق بين القسمة الموقتة (provisionnel) والقسمة غير الباتة (provisoire) ، فالأولى لا تبقى الا لمدة معينة تزول بعدها بغير أثر رجعى ، فى حين أن الثانية تبقى دائما أو تزول بأثر رجعى ، فهى اما موجودة على سبيل الدوام أو تعتبر كأن لم تكن .

والقسمة النهائية اما أن تكون قسمة كلية (partage total) و قسمة جزئية (partage partiel) ، واما أن تكون قسمة عينية (partage en nature) أو قسمة تصفية (partage par licitation) ، واما أن تكون قسمة اتفاقية (partage conventionnel, amiable) أو قسمة قضائية (partage judiciaire).

= ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تجاوز خمس سنوات اذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما » (انظر آنفا فقرة ٥٣٦ فى الهامش) .

(١) انظر آنفا فقرة ٤٩١ — فقرة ٤٩٤ .

فالقسمة الكلية هي القسمة التي تتناول جميع الأموال الشائعة ، فتقسمها كلها بين الشركاء ، وتقرر نصيب كل منهم في جميع هذه الأموال . وهذا هو الأصل في القسمة النهائية . ولكن قد تكون القسمة النهائية قسمة جزئية ، لا تتناول الا بعض الأموال الشائعة فتقسمها بين الشركاء وتفرز نصيب كل منهم فيها ، أما ما بقي من الأموال فيبقى شائعا على حاله . وقد تكون القسمة الجزئية بافراز نصيب احد الشركاء في جميع الأموال الشائعة ، وابقاء سائر الشركاء على الشيوع في جميع الأموال التي تبقى بعد استبعاد النصيب المفرز (١) .

والقسمة العينية هي قسمة الأموال الشائعة عينا ، فيفرز نصيب كل شريك في نفس الأموال الشائعة . وهذا هو أيضا الأصل في القسمة النهائية . ويكون الافراز اما بطريق التجنيب (attribution) ، أو بطريق القرعة (tirage au sort) (٢) . وقد تكون القسمة العينية بمعدل (soulte) اذا لم تتيسر الا عن طريق أن بعض الشركاء ينال نصيبا أكبر من حصته فيدفع للشركاء الآخرين الذين نالوا نصيبا أقل مبلغا من النقود يعدل أنصبتهم فتكون معادلة لحصصهم . أما اذا أمكنت قسمة المال الشائع بحيث ينال كل شريك نصيبا مفرزا من نفس هذا المال يساوى حصته الشائعة ، كانت هذه القسمة هي القسمة العينية بغير معدل . وقد لا تمكن القسمة العينية حتى مع المعدل ، فلا يكون هناك اذن سبيل لقسمة المال الشائع الا عن طريق التصفية . والتصفية معناها بيع المال

---

(١) اوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٣ ص ١٥٦ هامش ٥ ثالثا — حسن كيرة فقرة ١٣٠ .

وقد تكون القسمة بتقسيم الأموال الشائعة الى مجموعتين أو أكثر ، يختص بكل مجموعة فريق من الشركاء ، فتبقى المجموعة شائعة بين أفراد هذا الفريق . وهذا ما يسمى بقسمة الطبقات او قسمة الفئات (منصور مصطفى منصور فقرة ٧١) .

(٢) ويكون الافراز ايضا بطريق التجميع بأن يتجمع نصيب الشريك في شيء مفرز واحد ، او بطريق التفريق بأن يتفرق نصيب الشريك على جميع الأموال الشائعة فيأخذ الشريك جزءا مفرزا في كل مال منها .

الشائع فى المزاد ، وقسمة ثمنه بين الشركاء بنسبة حصصهم الشائعة • ولما كان الثمن الذى يرسو به المزاد هو مبلغ من النقود ، فان قسمته بين الشركاء تكون دائما ممكنة • فاذا اتفق الشركاء فيما بينهم على أن مزاد المال الشائع ينحصر فيهم ، فلا يدخل فى المزايدة أجنبى عنهم ، فهنا يكون رسو المزاد على أحد الشركاء قسمة بطريق التصفية • أما اذا لم يتفق الشركاء على انحصار المزاد فيهم ، فانه يجوز عند ذلك أن يدخل فى المزاد الشريك والأجنبى • فان رسا المزاد على شريك ، كانت القسمة هنا أيضا قسمة بطريق التصفية • وان رسا المزاد على أجنبى ، لم يعتبر رسو المزاد قسمة تصفية ، بل يكون بيعا عاديا صدر من جميع الشركاء الى الأجنبى عن طريق المزاد •

والقسمة النهائية — كلية كانت أو جزئية ، عينية كانت أو قسمة تصفية — تكون اما قسمة اتفاقية ، أو قسمة قضائية ، فتكون قسمة اتفاقية اذا اتفق جميع الشركاء على اجرائها بالتراضى دون الالتجاء الى القضاء ، فيتفقون على كيفية قسمة الأموال الشائعة كلها أو بعضها ، كما يتفقون ، اذا اقتضى الأمر بيع المال الشائع بالمزاد ، على أن تكون المزايدة رضائية • فاذا لم يتيسر الاتفاق ، لم يعد هناك سبيل لقسمة الأموال الشائعة الا عن طريق الالتجاء الى القضاء ، وهذه هى القسمة القضائية •

وقد سبق الكلام فى القسمة المؤقتة ، وهى قسمة المهايأة • ونتولى الآن بحث القسمة النهائية ، فنتكلم فى مسألتين : ١ — كيف يتم اجراء القسمة • ٢ — ما يترتب على القسمة من الآثار •

المبحث الأول

كيف يتم اجراء القسمة

٥٣٩ — القسمة الاتفاقية والقسمة القضائية :

اجراء القسمة ، سواء كانت كلية أو جزئية ، وسواء كانت عينية أو

بطريق التصفية ، يختلف فى القسمة الاتفاقية عنه فى القسمة القضائية . فنبحث اذن اجراء كل من القسمتين الاتفاقية والقضائية ، ونبحث بعد ذلك ما لدائنى الشركاء من حق التدخل فى القسمة ، اتفاقية كانت أو قضائية ، حماية لمصالحهم .

المطلب الأول

القسمة الاتفاقية

٥٤٠ ــ نص قانونى :

تنص المادة ٨٣٥ مدنى على ما يأتى :

« للشركاء ، اذا انعقد اجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها . فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون » . (١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٥١ /٥٤٨ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٨٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٤٤ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٧١ — وفى قانون الموجبات والعقود

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٦ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٤ — ص ١٠٥) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٤٥١ / ٥٤٨ : وفى جميع الأحوال الأخرى ، يجوز للشركاء الذين لهم أهلية التصرف فى حقوقهم ، اذا اقتضت الحال قسمة أموال مشتركة ، أن يباشروا القسمة بالطريقة التى يرضونها ، اذا كانوا متفقين بأجمعهم عليها .

(ولا خلاف فى الحكم ما بين التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق فى المادة ٤٥٢ / ٥٤٩ منه كان يوجب أن تكون القسمة قضائية فيما اذا كان احد الشركاء قاصرا او محجورا عليه أو غائبا) .

اللبنانى المادتين ٩٢٢ و ٩٤١ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٣١ — وفى التقنين المدنى الأردنى مفهوم مخالفة المادة ١٠٤٠ والمادة ١٠٤١ (١) .

ويتبين من هذا النص أن القسمة الاتفاقية هى عقد تسرى عليه

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**
التقنين المدنى السورى م ٧٨٩ (مطابق) .
التقنين المدنى الليبى م ٨٤٤ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى م ١٠٧١ : ١ — للشركاء ، اذا لم يكن بينهم محجور ، أن يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التى يرونها .
٢ — لا تتم القسمة الرضائية فى العقار الا بالتسجيل فى دائرة الطابور .
٣ — لدائنى كل شريك أن يطعنوا فى القسمة ، اذا كان فيها غش اضر بمصلحتهم .
(وحكم التقنين العراقى يتفق بوجه عام مع حكم التقنين المصرى) .
قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٢٢ : تجرى القسمة بين الشركاء فى شركات العقد أو الملك ، اذا كانوا راشدين ومالكين حق التصرف فى حقوقهم ، وفاقا للطريقة المعينة فى عقد انشاء الشركة أو الطريقة التى يتفقون عليها ، الا اذا قرروا بالاجماع اجراء التصفية قبل كل قسمة .
م ٩٤١ : عند نهاية التصفية فى الحالة المنصوص عليها فى المواد السابقة وفى جميع الأحوال الداعية الى قسمة الأموال المشتركة ، يجوز للشركاء المالكين حق التصرف فى حقوقهم أن يشرعوا فى القسمة على الطريقة التى يرونها مناسبة ، بشرط أن يتفقوا عليها بالاجماع — ويحق لجميع الشركاء ، حتى الذين لا يد لهم فى الادارة ، ان يشتركوا مباشرة فى أعمال القسمة (عدلت بقانون ٢١ كانون سنة ١٩٥٤) . انظر ايضا ٩٤٢ وقد عدلت بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ . (وحكم التقنين اللبنانى يتفق فى مجموعه مع حكم التقنين المصرى ، الا أن المشرع اللبنانى ، فى حالة المحجور والقاصر ، يقتصر على بسط رقابة المحكمة رقابة لاحقة للقسمة ، اما فى القانون المصرى فالرقابة سابقة ولاحقة : م ٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال — وفى القانون اللبنانى تشمل الرقابة الولى والوصى ، ولا تشمل فى القانون المصرى الا الوصى — انظر فى ذلك حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى والمقارن مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٦٥) .
التقنين المدنى الكويتى م ٨٣١ : ١ — للشركاء جميعا أن يتفقوا على قسمة المال الشائع بالطريقة التى يرونها ما لم يقض نص بغيره .
٢ — ولا يجوز اجراء القسمة بالاتفاق اذا كان احد الشركاء غير كامل الأهلية ما لم يكن له ولى ، وكذلك اذا كان أحدهم غائبا أو مفقودا وثبتت غيبته أو فقده .
(واحكام التقنين الكويتى تتفق مع احكام التقنين المصرى) . =

أحكام العقود بوجه عام • وسنرى ، الى جانب ذلك ، أن هناك أحكاما خاصة بنقض القسمة الاتفاقية للغبن •

١ — كيف يتم اجراء القسمة الاتفاقية

٥٤١ — القسمة الاتفاقية عقد تسرى عليه أحكام سائر العقود :
والقسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، أطرافه الشركاء المشتاعون ، ومحله المال الشائع • ومن ثم تسرى على هذه القسمة أحكام العقود • فلابد من تراضى الشركاء ، وتوافر الأهلية ، وخلو الارادة من العيوب ، واستيفاء المحل لشروطه ، ووجود سبب مشروع •

ويجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف ، كما اذا اتفق الشركاء على تعليق القسمة على ما اذا كانت عين من الأعيان الداخلة فيها تثبت ملكيتها للشركاء ، كذلك يجوز تعليق القسمة على شرط فاسخ، كما اذا اتفق الشركاء على انفساخ القسمة اذا تحول المال الشائع من أرض زراعية الى أرض للبناء فى خلال مدة معينة •

واذا أبرم القسمة الاتفاقية بعض الشركاء دون بعض ، فان الشركاء الذين أبرموها يبقون ملتزمين بها ، حتى اذا أقرها الشركاء الآخرون أصبحت نافذة فى حق الجميع (١) • وقد يجعل اقرار

= **التقنين المدنى الأردنى** : مفهوم مخالفة المادة ١٠٤٠ ونصها : مع مراعاة احكام القوانين الاخرى ، يجوز لمن يريد الخروج من الشيوع ولم يتفق مع باقى شركائه على ذلك ان يطلب القسمة القضائية .

م ١٠٤١ : ١ — اذا كان أحد الشركاء غائبا او فاقد الأهلية أو ناقصا فلا تصح القسمة الرضائية حينئذ . ٢ — فى القسمة القضائية يمثل الغائب او فاقد الأهلية او ناقصها ، الولى او الوصى .

(وأحكام التقنين الأردنى تتفق فى عمومها مع أحكام التقنين المصرى) .

(١) نقض مدنى ٥ يونية سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢١٢ ص ٤٥١ — ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٣ ص ٢٧٦ — ١٩ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٣ ص ١١٥٢ — ويعتبر عقد القسمة ، بالنسبة الى من لم يقره من الشركاء ، ايجابا موجها الى هؤلاء ، فيكون لهم أو لورثتهم اقرار القسمة بقبولهم اياها . ولكن هذا الايجاب يبقى قائما المدة المحددة له او المدة المعقولة ، وفقا لأحكام المادة ٩٣ مدنى (انظر اسماعيل غانم فقرة ص ٢٠٩ هامش ٢) .

الشركاء الذين لم يبرموا العقد شرط وافقا أو شرطا فاسخا فى القسمة (١) •

وتخضع القسمة الاتفاقية للقواعد العامة فى الاثبات : فاذا زادت قيمة المال الشائع الذى دخل القسمة على عشرين جنيها . كما هو الغالب ، فلا يجوز اثباتها الا بالكتابة أو ما يقوم مقام الكتابة • أما اذا لم تزد القيمة على عشرين جنيها ، فانه يجوز اثبات القسمة بالبينة والقرائن (٢) •

وقد قدمنا أن المادة ٢/٨٤٦ مدنى تقضى بأنه اذا دامت قسمة المهاياة المكانية خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، مالم يتفق الشركاء على غير ذلك ، فالتراضى هنا لم يقع ابتداء على قسمة نهائية ، وانما وقع على مهايأة مكانية مؤقتة • ومع ذلك تنقلب هذه القسمه المؤقتة ، بحكم القانون لا بحكم التراضى ، الى قسمة نهائية اذا دامت خمس عشرة سنة ولم يكن الشركاء قد اتفقوا من قبل على أن المهايأة لا تنقلب الى قسمة نهائية • وقد سبق تفصيل القول فى ذلك (٣) • ونكتفى هنا بالاشارة الى أن المهايأة المكانية التى انقلبت الى قسمة نهائية ليست بقسمة اتفاقية ، فلا يجوز نقضها للغبن كما تنقض القسمة الاتفاقية • وهى فى الوقت ذاته ليست بقسمة قضائية ، وانما هى قسمة وقعت بحكم القانون •

---

(١) وذلك فيما اذا لم يعتبر القسمة ايجابا موجها لمن لم يقره من الشركاء ، كما سبق القبول ، اما القسمة التى تتم بين بعض الشركاء وتتناول كل المال الشائع ، فتبدو عمدا أو خطأ نصيب الشركاء الذين لم يشتركوا فى القسمة ، فتكون بداهة باطلة (بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٨٩٨ ص ٦٣٠ — ص ٦٣١ — بلانيول وريبير ومورى وغيالتون ٤ فقرة ٦٨٤ — اسماعيل غانم فقرة ٨٩ ص ٢١٠) •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ومن ثم تخضع للقواعد العامة فلا يجوز اثباتها الا بالكتابة أو ما يقوم مقابلها اذا زادت قيمة المال المقسوم على عشرة جنيهات (حاليا عشرون جنيها) (نقض مدنى فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض السنة ١٨ رقم ١٣٠ صفحة ٨٥٠) •

(٣) انظر آنفا فقرة ٤٩٢ •

أما القسمة الفعلية (partage de fait) فهى قسمة اتفاقية ، يجوز نقضها للغبن ، والقسمة الفعلية تقوم على اتفاق بين الشركاء ، ولكنه ليس اتفاقا صريحا ، بل هو اتفاق ضمنى ، فيتصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ، كل منهم يتصرف فى جزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع • فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له أن تصرف فيه (١) •

---

(١) وللمحكمة ان تستخلص الارادة الضمنية فى القسمة الفعلية من ظروف الحال ، وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد استظهر مما استعرضه من التصرفات الصادرة من الورثة فى أوقات مختلفة ، ومما ذكره بعضهم فى عقد صادر منه ببيع بعض ما اختص به من انه يملك القدر المبيع بمضى المدة الطويلة — استظهر من ذلك ان الورثة اقتسموا الأرض المخلفة عن مورثهم ، وأن كل واحد منهم وضع يده على حصة مفرزة من التركة بصفته مالكا المدة المكسبة للملكية ، ثم رتب على القسمة التى قال بها ، ولو انها لم تكن بعقد مسجل ، نتائجها القانونية فى حق الغير ، فلم يعول على ماكان من احد الورثة من رهنه الى احد دائنيه أرضا شائعة لا يملك منها شيئا بمقتضى القسمة ، فانه لايكون قد خالف القانون فى شىء (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٨٨٦) . وقضت ايضا بانه اذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى المدة ، مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن ، فهذا الحكم لا يعتبر مؤسسا على التقرير بوقوع تعاقد على قسمة بين الشركاء ، ولذلك لا يصح النعى عليه أنه قد خالف القانون اذا هو لم يستند الى دليل كتابى (نقض مدنى ٤ ابريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٨٨٦) . وقضت ايضا بأنه اذا كان الحكم ، اذ قضى بأحقية المدعى الى الزراعة المحجوز عليها ما عدا المقدار الخاص بشريكته الحاجزة وبالغاء الحجز المتوقع على حصة شائعة فى محصولات جميع الاعيان وبالزامها بالتعويض ، قد استخلص استخلاصا سائغا أن القسمة بين الشريكين حصلت فعلا وأن الحاجزة علمت بها وأقرتها ، وبين من ناحية أخرى وجه الضرر الذى قضى بالتعويض من اجله ، فان هذا كاف ولايكون الحكم قد شابه القصور (نقض مدنى ٢٦ اكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ١١٤٩) •

=

وقد قضت محكمة النقض بان القسمة الفعلية — وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة — تتحقق فى صورة ما اذا تصرف أحد الملاك المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم فى جزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع ، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا انهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له ان تصرف فيه ، ويعتبر للحصة المفرزة التى آلت اليه من وقت أن تملك فى الشيوع وأنه لم المتقاسم طبقا لما تقضى به المادة ٨٢٣ من القانون المدنى مالكا وحده للحصة المفرزة التى آلت اليه من وقت أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن القسمة الفعلية تتحقق فى صورة ما اذا تصرف أحد الملاك المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، ثم ينتهج نهجه سائر الشركاء ، ويتصرف كل منهم فى جزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له

= وقضت محكمة النقض ، من جهة اخرى ، بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، اذ قرر عدم حصول قسمة فى العقار المشفوع به ، قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلا سائغا من ان الاعمال المادية — التى اثبتها خبير الدعوى ، استحداث مبان بالمنزل — غير قاطعة فى افادة هذا المعنى ، ووجدت فى تقرير الخبير واوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها ، فان النعى على الحكم بالقصور يكون فى غير محله (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ٢ ص ٩٠٥) .

وانظر أيضا نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٧ ص ٥٠٣ — استئناف مختلط ٢٤ ابريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٦ — ١٥ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٥١ ص ٣٨٤ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٥ — ١٠ يونيه سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٤٦ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢١ — ٢٨ يونيه سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٣٥ — وانظر عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٤ — حسن كيرة فقرة ١٤٠ .

(١) نقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٩٧ صفحة ٤٧٨ .

ان تصرف فيه . واذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن التصرفات التى تمت بعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ (بالغاء الوقف الأهلى) لم يقم بها الشركاء جميعا فى الأعيان التى كانت موقوفة ، وانما صدرت من بعضهم دون البعض الآخر ، فانه لا يتوافر بها حصول قسمة فعلية بين هؤلاء الشركاء (١) .

ويكتفى فى تسجيل هذه القسمة بتسجيل التصرفات المتتابعة التى قام بها الشركاء متعاقبين . وفى نقض هذه القسمة للغبن تكون العبرة فى تقدير قيمة الشىء بوقت ابرام التصرف الأخير ، اذ أن القسمة الفعلية لم تتم الا وقت ابرام هذا التصرف (٢) .

٥٤٢ — للشركاء اختيار طريقة القسمة الاتفاقية :
وقد رأينا (٣) أن المادة ٨٣٥ مدنى تنص على أن « للشركاء ، اذا انعقد اجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها .. » فللشركاء اذن اختيار الطريقة التى تتم بها القسمة الاتفاقية . فقد يختارون أن تكون القسمة عينية ، فيفرزون نصيب كل منهم عينا فى المال الشائع . وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل ، أو تكون بغير معدل . وقد يختارون أن تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب ، أو أن تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال فى الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم فى المال الباقى ، أو يتفقون على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم ويستمر الباقون فى الشيوع فيما بقى من المال بعد التجنيب .

وقد يختارون القسمة بطريق التصفية ، وبخاصة اذا كان يتعذر قسمة المال عينا . ويتفقون على بيع المال الشائع ، كله أو بعضه ، فى

---

(١) نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ رقم ٢٣ صفحة ١٣٢ .
(٢) اسماعيل غانم فقرة ٩١ ص ٢١٥ .
(٣) انظر آنفا فقرة ٥٤٠ .

المزاد ، ويقتسمون ثمنه ، وما عسى ألا يباع من المال يبقى شائعا فيما بينهم أو يقتسمونه عينا • وقد يختارون البيع بالممارسة اذا أجمعوا على ذلك ، فليس هناك ما يجبرهم على البيع بالمزاد الا اذا اختلفوا • واذا باعوا المال الشائع بالمزاد ، فقد يتفقون على الا يدخل المزاد الا شريك منهم ، واذا لم يتفقوا على ذلك جاز للأجنبى أن يدخل فى المزاد • وفى جميع الأحوال اذا رسا المزاد على أجنبى اعتبر رسو المزاد بيعا لا قسمة ، أما اذا رسا على أحد الشركاء فانه يعتبر قسمة تصفية •

٥٤٣ — وجود قاصر أو محجور عليه أو غائب بين الشركاء :

فاذا كان بين الشركاء قاصر أو محجور عليه لجنون أو عته أو غفله أو سفه أو كان فيهم غائب ، فقد أوجبت المادة ٨٣٥ مدنى كما رأينا مراعاة الاجراءات التى فرضها القانون • والقانون هنا هو قانون الولاية على المال ، وقد وردت فيه نصوص خاصة بالقسمة اذا كان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو كان فيهم غائب •

فقد نصت المادة ٤٠ من هذا القانون على ما يأتى : « على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى اذا كانت له مصلحة فى ذلك ، فاذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع • وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها • وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية •• » ونصت المادة ٧٩ من نفس القانون على أن « يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة مال القاصرين من أحكام » •

ويتبين من النصوص سالفة الذكر أن اجراء القسمة اعتبر أمرا له خطره ، فخرج عن أن يكون عملا من أعمال الادارة المعتادة ، وألحق بالتصرفات (١) • ومن ثم اشترط القانون فيه ألا يستقل به الوصى أو

---

(١) قارن استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٧ (وقد =

القيم أو الوكيل عن الغائب بل يجب على أي من هؤلاء أن يحصل على اذن من المحكمة كما هو الأمر فى شأن أعمال التصرف (١) . أما الولى ، فلأنه يملك بوجه عام أن يستقل بأعمال التصرف لا يستأذن فيها المحكمة، فقد أعفى القسمة من الحصول على هذا الاذن وجاز له أن يستقل بها (٢) . واذا طلب الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب اذن المحكمة فى القسمة الاتفاقية ، فعلى المحكمة أولا أن تقدر ما اذا كانت هذه القسمة فى مصلحة المحجور ، ولها أن ترفض القسمة الاتفاقية وتقرر أن تكون القسمة قضائية . فاذا ما قدرت أن القسمة الاتفاقية فى مصلحة المحجور ، فعليها أن تعين الأسس التى تجرى عليها هذه القسمة والاجراءات التى يجب اتباعها فيها . واذا تمت القسمة الاتفاقية على مقتضى هذه الأسس وبموجب هذه الاجراءات ، فعلى الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب أن يعود مرة ثانية الى المحكمة ليعرض عليها القسمة التى تمت ، فاذا استوثقت المحكمة من أن الأسس التى وضعتها قد التزمت ، ومن أن الاجراءات التى رسمها قد روعيت ، وتثبتت بوجه

= أجاز الحكم لناظر الوقف طلب القسمة باعتبار ان القسمة لا تعتبر من اعمال التصرف) .

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق (م ٤٥٢/٥٤٩) لا يكتفى باذن المحكمة ، بل يوجب ، على غرار القانون الفرنسى ، أن تكون القسمة قضائية . والى هذا الحكم أشارت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى اذ تقول : « أما اذا لم ينعقد الاجماع فيما بينهم ، أو كان فيهم من هو ناقص الأهلية ، وجب اتباع اجراءات القسمة القضائية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٥) . وغنى عن البيان أن المذكرة الايضاحية قد أخطأت اذ نسبت الحكم الذى كان معمولا به فى التقنين المدنى السابق الى التقنين المدنى الجديد ، انظر عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٣ ص ١٨٤ — اسماعيل غانم فقرة ٨٩ ص ٢٠٨ هامش ١ .

(٢) وهذا الحكم لا شك فيه اذا كان الولى هو الأب ، وقد أطلقت يد الأب فى التصرف فى مال ابنه فيما عدا قيودا ليست القسمة من بينها . أما اذا كان الولى هو الجد ، فقد نصت المادة ١٥ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للجد ، بغير اذن المحكمة ، التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات او اضعافها » . فمنع الجد من التصرف الا باذن المحكمة ، فاذا ألحقنا القسمة بأعمال التصرف ، وجب على الجد الحصول على اذن المحكمة فى قسمة مال الصغير .

خاص من عدالة القسمة فى ذاتها ، فانها تأمر بانفاذها . ولها فى جميع الأحوال ، حتى فى هذه المرحلة ، أن تقرر العدول عن القسمة الاتفاقية الى القسمة القضائية اذ لم تطمئن الى القسمة الاتفاقية التى تمت (١).

٥٤٤ — وجوه الطعن فى القسمة الاتفاقية :

ولما كانت القسمة الاتفاقية ، كما قدمنا ، عقدا تسرى عليه أحكام سائر العقود ، فان وجوه الطعن فيها هى نفس وجوه الطعن فى العقد.

فقد يطعن فى القسمة الاتفاقية بالبطلان المطلق ، كما اذا وقعت قسمة اتفاقية بين الورثة قبل موت المورث ، فهذا العقد يكون تعاملا فى تركة مستقبلة ، ومن ثم يكون باطلا ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يطعن فيه بالبطلان (٢) .

وقد يطعن فى القسمة الاتفاقية بالابطال لنقص الأهلية . فاذا كان أحد الشركاء قاصرا مثلا ، ولم تراع الاجراءات التى أسلفنا ذكرها فى القسمة (٣) ، جاز لهذا الشريك أن يطلب ابطال القسمة وفقا للقواعد

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية لقانون الولاية على المال . وقد قضت محكمة النقض بأن اجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، على أن يحصل الوصى أو القيم على اذن من الجهة القضائية المختصة باجراء القسمة على هذا الوجه ، وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا فى حق ناقص الأهلية . واذ كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الاجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به ، فان هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به الا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد ان كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه ان كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان واجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الاجراءات (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٢٤ ص ١٣١) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٥٣٧ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٤٣ .

وقد قضت محكمة النقض بان البطلان المترتب على عدم اتباع الاجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء القصر فى عقد القسمة هو بطلان نسبى لايحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به .

(نقض مدنى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٨٠ صفحة ١١٦٤) .

العـــامة (١) •

وقد يطعن فى القسمة الاتفاقية بالابطال لعيب من عيـوب الارادة • فاذا وقع الشركاء مثلا فى غلط جوهرى فى قيمة أحد أعيان الأمـــوال الشائعه ، فقدرت قيمتها بأقل من الحقيقة أو بأكثر منها الى حد كبير ، جاز للشريك الذى وقعت فى نصيبه هذه العين اذا قدرت بأكثر من قيمتها ، أو للشركاء الاخرين اذا قدرت باقل من قيمتها ، طلب ابطال القســـمة الاتفاقيه للغلط (٢) ، كذلك يجوز طلب ابطال هذه القسمة للتدليس (٣) أو للاكراه • اما الغبن ، فقد افرده القانون بأحـــكام خاصة لأهميته فى القسمه ، فننتقل الان للكلام فى نقض القسمة الاتفاقية للغبن •

---

(١) نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقـــم ٨٩ ص ٥٩٥ — ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقـــم ٢٤ ص ١٣١ •

(٢) وكثيرا ما يغنى نقض القسمة للغبن عن ابطال القسمة للغلط فى قيمة المال الشائع . والى هذا تشير المناقشات التى دارت فى لجنة مجلس الشيوخ فى شأن الماده ٨٤٥ مدنى المتعلقة بنقض القسمة للغبن ، فقد قيل فى هذه اللجنة : « فالنص هنا واجب لانه يحمى المتقاسم الذى يقــع فى الخطأ (الغلط) » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٩) . ولكـــن يوجد مع ذلك فروق ما بين نقض القسمة للغبن وابطال القسمة للغـــلط . فالغلط اولا لا يقتصر على الغلط فى القيمة ، بل يتناول ايضا الغلط فى صـــفة جوهرية فى الشىء أو فى الشخص او فى الباعث ، فهو من هذه الناحية أوسع من الغبن . وفيما يتعلق بالغلط فى القيمة ، لا يشترط فيه نصاب معين كما اشترط الخمس فى الغبن ، ومدة رفع الدعوى فى الغبن سنة واحدة منـــذ القسمة وهى ثلاث فى الغلط منذ كشفه ، ومهما يكن من امر ، فاذا وقع فى القسمة غلط جوهرى ، ولكن المتقاسمين الآخرين ابدوا استعدادهم لتلافى نتائجه باجراء قسمة تكميلية مثلا أو بتعويض ، لم يكن لمن وقع فى الغلط الاصرار على ابطال العقد ، عملا باحـــكام المادة ١٢٤ مدنى . انظر فى هـــذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٩٠ ص ٢١٠ هامش ٢ ، وانظر فى جواز ابطال القسمة للغلط نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٣ ص ٣٦٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد قضى ببطلان عقد قسمة ارض رسا مزادها على المقتسمين ، لما شاب رضاء أحد طرفى القسمة من تدليس ، بانيا ذلك على ما ثبت من ان الطرف الآخر استصدر هذا العقد فى أثناء قيام دعوى الملكية المرفوعة منه على الوقف الذى كان يرى استحقاق بعض هذه الأرض ، وبعد ان أدرك من مراجعة مستندات الوقف ما يدخل من هذه الأرض فى ملكيته وما يخرج عنها ، وانه اخفى هذا عن قسيمه ، بل =

٢ — نقض القسمة الاتفاقية للغبن

٥٤٥ — نص قانوني :

تنص المادة ٨٤٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى اذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة » .

« ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ، وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد ، اذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته » (١) .

= الهمه غير ما علم كى يختص هو فى عقد القسمة بما يخرج معظمه عن ملك الوقف ويختص قسيمه بما سيكون مآله الاستحقاق ، ففى هذا الذى اثبت الحكم ما يكفى لاعتباره حيلة تفسد رضا من خدع بها (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة احكام النقض ١ رقم ١٨ ص ٦٤) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن مقدار الغبن فى المشروع التمهيدى كان الربع لا الخمس ، وفى لجنة المراجعة عدل مقدار الغبن الى الخمس ، ووافقت اللجنة على النص معدلا على هذا الوجه تحت رقم ٩١٦ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، اعترض على النص بأنه « ما دامت القسمة قد تمت بالتراضى فلا يجوز الرجوع فيها بسبب الغبن ، اذ لا يجب ان تعرض المعاملات للفسخ بسببه » . فأجيب بأن « الغرض من القسمة بالتراضى هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، فاذا لم تتحقق فالبتة من تحقيقها ، فالنص هنا واجب لأنه يحمى المتقاسم الذى يقع فى الخطأ » . وعندئذ اقترح رفع نسبة الغبن من الخمس الى الربع ، فلم توافق اللجنة على ذلك ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٨٤٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٧ — ص ١٣٠) . وعندئذ اقترح رفع نسبة الغبن من الخمس الى الربع ، فلم توافق اللجنة على ذلك ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٨٤٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٧ — ص ١٣٠) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (١) .

ويقابل النص فى التقنينيات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٩٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٤٩ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٧٧ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٩٤٧ و ٩٤٩ و ٢١٤ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٣٢ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادتين ١٠٥٠ و ١٠٥١ (٢) .

---

(١) فلم يكن هناك ما يجيز نقض القسمة للغبن ، وكان يغنى عن الغبن فى هذه الحالة الغلط فى قيمة الشىء . ومع ذلك كان القضاء المختلط يجيز نقض القسمة للغبن : استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٥ — ١٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٦٥ — ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٤ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٦ — ١٦ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢١ — ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١ .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٩٩ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٧ : ١ — يجوز طلب نقض القسمة الحاصلة بالتراضى اذا أثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن فاحش ، ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء القسمة ، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل للمدعى نقدا او عينا ما نقص من حصته . ٢ — ويعتبر الغبن فاحشا متى كان على قدر ربع العشر فى الدراهم ، ونصف العشر فى العروض ، والعشر فى الحيوانات ، والخمس فى العقارات .

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى ان مقدار الغبن فى المنقول فى التقنين العراقى يتفاوت باختلاف نوع المنقول ، وفى ان مدة رفع الدعوى ستة أشهر فى التقنين العراقى بدلا من سنة فى التقنين المصرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٧ : لايجوز ابطال القسمة ، سواء أكانت اتفاقية أم قانونية أم قضائية ، الا بسبب الغلط او الاكراه او الخداع أو الغبن .

م ٩٤٩ : ان ابطال القسمة للأسباب التى عينها القانون يرجع كلا من المتقاسمين الى الحال التى كان عليها من الوجهة القانونية والعملية عند حصول القسمة ، مع مراعاة الحقوق التى اكتسبها شخص ثالث حسن النية وفاقا للأصول ومقابل بدل — ويجب أن تقام دعوى الابطال فى السنة التى تلي القسمة ، ولا تقبل بعد انقضائها .

=

ويلاحظ أن نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية ، أما القسمة القضائية فلا يجوز الطعن فيها بالغبن اذ المفروض أن هذه القسمة قد أحيطت بالضمانات الواجبة التى يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة فيما بينهم (١) • ويخالف التقنين المدنى الفرنسى (م ٨٨٧ — ٨٨٨) التقنين المدنى المصرى فى ذلك ، فالتقنين الفرنسى يبيح نقض القسمة للغبن ، ولو كانت قسمة قضائية •

٥٤٦ — الغبن فى ذاته عيب فى عقد القسمة يجيز نقضها :

اذا وقع فى القسمة غبن بالمقدار الذى حدده القانون ، فهذا فى ذاته

= م ٢١٤ : ان الغبن لا يفسد فى الأساس رضـــا المغبون ، ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلا للبطلان فى الأحوال الآتية : أولا — اذا كان المغبون قاصرا . ثانيا — اذا كان المغبون راشدا وكان للغبن خاصتان ، الأولى أن يكون فاحشا وشاذا عن العادة المألوفة ، والثانية أن يكـــون المستفيد قد أراد استثمار ضيق او طيش أو عدم خبرة المغبون . ويمكن ، الى الدرجة المبينة فيما تقدم ، ابطال عقود الفرز نفسها بسبب الغبن .

(ويتبين من مجموع هذه النصوص أن القانون اللبنانى لايجيز نقض القسمة للغبن الا اذا كان الشريك قاصرا ، أما اذا كان بالغا فيشترط لنقض القسمة ان يكون الغبن فاحشا وان يكون قد استغل فى الشريك المغبون ضيق أو طيش أو عدم خبرة : وترفع دعوى الغبن فى القسمة فى خلال سنة من تمامهـــا) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٣٢ : ١ — للمتقاسم الحق فى طلب ابطال القسمة التى تمت بالتراضى اذا لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، ويكون التقدير حسب قيم الاشياء وقت القسمة . ٢ — وتسقط دعوى الأبطال بمرور سنة من وقت القسمة . ٣ — وللمدعى عليه ان يمنع الأبطال اذا اكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من نصيبه .

(والتقنين الكويتى تتفق أحكامه مع التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٥٠ ١ — يجوز لمن لحقه غبن فاحش فى قسمة الرضا ان يطلب من المحكمة فسخ القسمة واعادتها عادلة . ٢ وتكون العبرة فى تقدير الغبن بقيمة المقسوم وقت القسمة .

م ١٠٥١ : لا تسمع دعوى الفسخ واعادة القسمة اذا لم ترفع خـــلال سنة من تاريخ القسمة .

(وتختلف احكام التقنين الأردنى عن التقنين المصرى فى انه لم يحـــدد مقـــدار الغبن الذى يجوز معه طلب فسخ القسمة) .

(١) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن ، لأن المفروض فى هـــذه القسمة ان كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن (مجموعة الأعمـــال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

عيب يجعل عقد القسمة قابلاً للنقض ، أى قابلا للابطال • وليس من الضرورى أن يصحب الغبن تدليس أو غلط ، كما أنه ليس من الضرورى أن يكون الغبن نتيجة لاستغلال طيش بين أو هوى جامح فى الشريك المغبون • فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلاً للابطال ، بناء على طلب الشريك المغبون • ويترتب على ذلك أن للشريك المغبون أن يجيز عقد القسمة الذى وقع فيه الغبن ، فيصبح العقد بعد الاجازة غير قابل للنقض (١) ، وتكون هناك اجازة ضمنية اذا نفذ الشريك المغبون عقد القسمة تنفيذا اختياريا بعد علمه بالغبن الذى لحق به ، كأن دفع المعدل الذى التزم بدفعه أو تسلمه اذا كان هو الدائن به ، أو تسلم المال المفرز الذى وقع فى نصيبه راضيا ولو لم تنقض السنة التى يجب أن يرفع فى خلالها دعوى الغبن ، أو تصرف فى هذا المال المفرز بالبيع أو الهبة أو الرهن أو نحو ذلك من التصرفات الدالة على الرضاء بما قسم له والنزول عن دعوى النقض للغبن •

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٨٤٥ من القانون المدنى قد جعلت من الغبن الذى يزيد على الخمس عيبا فى عقد القسمة يجيز بذاته للشريك المغبون طلب نقضها ولهذا الشريك أن يجيز القسمة التى لحقه منها غبن فتصبح بعد ذلك غير قابلة للنقض وهذه الاجازة كما تكون صريحة يجوز أن تكون ضمنية اذ القانون لم يشترط لتحقيقها صورة معينة • وتصرف الشريك المغبون فى كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذى لحقه وظروفه يمكن أن يعتبر اجازة ضمنية للقسمة ونزولا منه عن حقه فى طلب نقضها اذا دلت ظروف الحال على أن نيته قد اتجهت الى التجاوز عن هذا العيب والى الرضاء بالقسمة رغم وجوده • وتقدير تلك الظروف وتعرف هذه النية من شئون محكمة الموضوع (٢) •

---

(١) ولا يعتبر الشريك المغبون مجيزا لعقد القسمة اذا هو نزل ، فى عقد القسمة نفسه ، عن حقه فى نقضه للغبن (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٥٦٧) •

(٢) نقض مدنى فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٢٥ صفحة ١٤٨٠ •

والغالب في العمل أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط في قيمة الشيء، وعندئذ يكون عقد القسمة قابلا للابطال للغلط اذا توافرت شروطه ، وكذلك قابلا للنقض اذا توافرت شروط الغبن . اما الخطأ في الحساب (erreur de calcul) ، فلا يكون سببا لا للابطال للغلط ، ولا للنقض للغبن ، ولكن يجب تصحيحه ولو كان الغبن الذى ترتب عليه الخمس أو أقل (١) . وقد يقع الغبن دون ان يكون هناك غلط أو تدليس أو اكراه ، كما اذا استحق جزء من المال الذى وقع في نصيب احد الشركاء ، فيصبح الجزء الباقي أقل من اربعة أخماس ما يستحقه هذا الشريك . فعند ذلك يستطيع الشريك المغبون ان يرجع على باقي الشركاء بالغبن ، حتى لوكان سبب الاستحقاق قد استبعد في عقد القسمة من ان يكون سببا للرجوع بالضمان (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٨٤٥ من القانون المدني جعلت من الغبن الذى يزيد على الخمس عيبا في عقد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها ، ومن ثم فاذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذى حدده القانون ، جاز للشريك المغبون أن يرجع على باقي الشركاء بالغبن حتى ولو كان سبب الاستحقاق قد استبعد في عقد القسمة من أن يكون سببا للرجوع بالضمان ، وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب الى أن اسقاط الطاعنة حقها في الضمان بالقسمة لحصتها في العمارة يترتب عليه سقوط حقها في طلب نقض القسمة للغبن فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (٣) .

ويجوز نقض القسمة للغبن ، ولو نشأ الغبن من أن أحد الشركاء فرض عليه أن يدفع معدلا لشريك آخر فتبين أنه معسر وقت القسمة ، وترتب على اعساره أن لحق غبن ، بالمقدار الذى حدده القانون ، الشريك

---

(١) بودرى وفال في المواريث ٣ فقرة ٣٤٤١ ص ٧٤١ .

(٢) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٥١ وفقرة ٣٦٣ — بودرى وفال في المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٣ — عكس ذلك لوران ١٠ فقرة ٤٤٧ وفقرة ٤٥٥ .

(٣) نقض مدني في أول ابريل سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٤٢ صفحة ٧٢٨ .

الدائن بهذا المعدل . كذلك يجوز للوارث الذى وقع فى نصيبه دين للتركة، وتبين أن المدين كان معسرا منذ القسمة ، أن ينقض القسمة للغبن اذا ترتب على أعسار المدين آن لحق الوارث غبن بالمقدار الذى حدده القانون (١) .

ولكن لا يجوز نقض القسمة للغبن اذا كان الشريك يعلم وقت القسمة بالغبن ، وقد رضى به وفاء لالتزام طبيعى فى دمته لشريك آخر ، أو هبة منه لهذا الشريك (٢) .

٥٤٧ — مقدار الغبن وكيفية حسابه :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى تنص على أنه « يجوز نقض القسمه الحاصلة بالتراضى اذا أثبت أحد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة » . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٤٥ مدنى يشترط فى الغبن أن يزيد على الربع لا على الخمس ، وذلك أسوة بمقدار الغبن فى القسمة فى القانون الفرنسى . ولكن لجنه المراجعة عدلت مقدار الغبن الى الخمس أسوة بالغبن فى بيع عقار القاصر ، ولان الخمس هو المقدار المألوف فى الغبن فى الشريعه الاسلامية (٣) .

ولمعرفة ما اذا كان قد وقع غبن فى القسمة ، يجب تقدير المال الشائع محل القسمة ، وتقدير نصيب كل من الشركاء فى هذا المال . وتقدر قيمة المال الشائع بواسطه خبير عند الاقتضاء ولا يعتد بالتقرير الوارد فى عقد القسمة (٤) . ثم تقدر قيمة نصيب كل شريك فى هذا المال الشائع . فاذا فرضنا أن قدرت قيمة المال الشائع بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه ، وكان هناك شركاء

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٤ .

(٢) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٢ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ ص ٨٩٩ هامش ٢ .

(٤) ديمولومب ١٧ فقرة ٤١٨ — لوران ١٠ فقرة ٤٩٦ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٥٠ .

خمسة بحصص متساوية كان الواجب أن تكون قيمة النصيب المفرز لكل شريك ١٠٠٠ جنيه ، ويجب حتى يعتبر الشريك مغبونا فى هذه القسـمة ، أن تنزل قيمة المال المفرز الذى وقع فى نصيبه عن أربعة الأخماس حتى يكون مغبونا فى أكثر من الخمس ، أى يجب أن تكون قيمة المال الذى وقع فى نصيبه أقل من ٨٠٠ جنيه . أما اذا كانت هذه القيمة ٨٠٠ جنيه أو أكثر، فانه لا يجوز له أن ينقض القسمة للغبن . فاذا فرضنا أن أربعة من خمسة الشركاء كانت قيمة نصيب كل منهم ٨٠٠ جنيه ، فيكون مجموع أنصـبة الأربعة ٣٢٠٠ جنيه ، وأخذ الشريك الخامس الباقى أى أخذ ١٨٠٠ جنيه، فبالرغم من التفاوت الكبير بين نصيب الشريك الخامس نصيب كل من الشركاء الأربعة لايجوز لأى من الشركاء الأربعة أن يطلب نقض ونصيب كل للغبن ، لأن الغبن الذى أصاب كلا من الشركاء الأربعة لايزيد عـلى الخمس (١) .

والعبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة . فيعتد بوقت القسمة فى تقدير قيمة المال الشائع ، وفى تقدير قيمة نصيب كل من الشركاء . فاذا كانت قيمة نصيب أحد الشركاء وقت القسمة هى مبلغ معين ، فلا يعتد بأى أمر يحدث بعد القسمة ويزيد من هذه القيمة كتحسن الصقع ، أو ينقص منها كانخفاض أسعار الأوراق المالية أو اعسار شريك فى ذمتـه معدل لشريك آخر اذا كان هذا الاعسار قد حدث بعد القسمة لا وقتها .

ويعتبر الشريك مغبونا اذا كان مجموع ما أصابه من الغبن يزيـد على الخمس كما قدمنا ، فلا يعتد بما لحقه من الغبن فى كل عين من الأعيان التى وقعت فى نصيبه . فلو وقع فى نصيب أحد الشركاء دار قيمتهـا الحقيقية ١٠٠٠ جنيه لكنها قدرت بمبلغ ١٥٠٠ جنيه فكان مغبونا فى هذه الدار بمقدار ٥٠٠ جنيه ، ووقع فى نصيبه أيضا أرض قيمتها الحقيقيـة ١٢٠٠ جنيه ولكنها قدرت بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، فان ما كسب فى الأرض وهو

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٤٧ .

٢٠٠ جنيه يستنزل مما خسر فى الدار وهو ٥٠٠ جنيه • ويكون مالحقه من الغبن هو ٣٠٠ جنيه فقط ، فان كان هذا المقدار لايزيد على الخمس لم يستطع الشريك أن ينقض القسمة للغبن •

٥٤٨ — أنواع القسمة التى يجوز فيها النقض للغبن :

قدمنا (١) أن نقض القسمة للغبن انما يكون فى القسمة الاتفاقية دون القسمة القضائية •

وأية قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض العقد للغبن على الوجه الذى بسطناه • فيجوز نقض القسمة للغبن ، اذا كانت القسمة الاتفاقية قسمة عينية ، بمعدل أو بغير معدل ، قسمة كلية أو قسمة جزئية • وكذلك يجوز النقض للغبن ، حتى لو تمت القسمة الاتفاقية بطريق التصفية ، والذى يعتد به هنا ليس هو الغبن الذى يقع فى بيع المال الشائع اذا كان المشترى أجنبيا ، وانما هو الغبن فى قسمة الثمن بين الشركاء • ولكن اذا كان المشترى فى قسمة التصفية هو أحد الشركاء ، فانه يعتد بالغبن الذى يقع فى البيع ، لأن البيع فى هذه الحالة يعتبر قسمة كما قدمنا • فاذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء بأقل من أربعة أخماس القيمة ، وقسم الثمن بين الشركاء فكان نصيب كل منهم — فيما عدا الشريك المشترى — أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية ، كان لكل من هؤلاء الشركاء طلب نقض القسمة للغبن •

واذا تجزأت القسمة الى عدة عقود وقع كل عقد منها على جزء من المال الشائع ، فان الغبن ينظر فيه الى مجموع هذه العقود لا الى كل عقد على حدة • فلو غبن أحد الشركاء فى بعض هذه العقود ، ولكنه فى العقود الأخرى نال نصيبا أكثر مما يستحق بحيث ان الغبن الذى لحقه فى مجموع العقود لا يزيد على الخمس ، فانه لا يحق له طلب نقض القسمة للغبن ، أما اذا كان الغبن يزيد على الخمس ، فانه يجوز له نقض

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ .

العقود جميعها ، ما زاد الغبن فيه على الخمس وما لم يزد ، لأن هـذه العقود تعتبر مراحل متعاقبة فى قسمة كلية واحـدة •

وقد تأخذ القسمة الاتفاقية صورة عقد بيع أو عقد مقايضـة أو عقد صلح أو غير ذلك من العقود ، وفى جميع هذه الأحوال يعتد بحقيقة العقد لا بصورته ، فيكون عقد قسمة اتفاقية يجوز فيها نقض القسمة للغبن •

ولكن اذا كان العقد الذى يراد به القسمة هو عقد احتمالى ، لم يجز نقضه ، اذ أن العقود الاجتماعية تأبى طبيعتها أن تنقض للغبن • فلو أن دارا شائعة بين شريكين قسمت بينهما على أن تخلص ملكيـة الدار لأحد الشريكين ، ويرتب هذا الشريك للشريك الآخر ايرادا مرتبا طول الحياة فى مقابل حصته فى الدار ، أو يرتب له على الدار كلها حق انتفاع يبقى مدى حياة المنتفع ، فان عقد ترتيب الايراد المرتب مـدى الحياة أو عقد ترتيب حق الانتفاع مدى الحياة عقد احتمالى ، ومـن ثم لايجوز الطعن فى هذه القسمة بالنقض للغبن •

٥٤٩ — دعوى نقض القسمة للغبن :

فاذا ما تحقق الغبن فى القسمة الاتفاقية على النحو الذى بسطناه ، جاز رفع دعوى نقض القسمة ، حتى لو كان المال المقسوم منقولا ، خلاف البيع فيشترط لجواز الطعن فيه للغبن أن يكون البائع غير متوافر الأهلية وأن يكون المبيع عقارا •

والمدعى فى هذه الدعوى هو الشريك الذى لحقه الغبن ، فاذا كان بعض الشركاء قد لحق بهم غبن دون بعض آخر ، فلا يستطيع الشريك الذى لم يلحقه غبن رفع الدعوى • وتنتقل دعوى الغبن من الشريـك الذى لحقه الغبن الى وارثه ، فيجوز للوارث بعد موت مورثه أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها • ويجوز كذلـك لدائن الشريك الذى لحقه الغبن أن يرفع الدعوى باسم مـدينة ، طبقا للقواعد المقـررة فى الدعوى غير المباشرة •

والمدعى عليه فى دعوى الغبن هم سائر الشركاء ، لأن دعوى الغبن ترمى الى ابطال القسمة الاتفاقية ، وهذه قد تمت بتراضى جميع الشركاء .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى ، كما رأينا ، عـــلى أنه « يجب أن ترفع الدعوى فى خلال السنة التالية للقسمة » . ونظير ذلك ما رأيناه فى دعوى الغبن للاستغلال من أنها هى أيضا يجب أن ترفع فى « خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة » (م١٢٩/٢ مدنى) . فالسنة فى الحالتين ميعاد اسقاط (délai de déchéance), (délai de prescription). وذلك بخلاف المدة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعوى الغبن فى بيع عقار غير متوافر الأهلية فالنص صريح فى أن المدة هى مدة تقادم اذ تنص المادة ١/٤٢٦ مدنى على أن « تســقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن اذا انقضت ثلاث ســـنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صـــاحب العقار المبيع » . ومن ثم تكون السنة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعوى نقض القسمة للغبن هى ميعاد لرفع الدعوى ، لا مدة للتقادم . وتبدأ السنة من وقت تمام عقد القسمة الاتفاقية ، وتحسب بالتقويم الميلادى (م ٣ مدنى) . فاذا انقضت السنة ، سواء علم الشريـــك المغبون بالغبن أو لم يعلم ، دون أن يرفع هذا الشريك دعوى نقض القسمة ، ورفعها بعد ذلك ، كانت الدعوى غـــير مقبولة . والفـــرق بين ميعاد الاسقاط الذى نحن بصدده ومدة التقادم أن ميعاد الاسقاط لاينقطع ولا يقف ، بخلاف مدة التقادم فيرد عليها الانقطاع والوقف .

وعبء اثبات الغبن الذى يزيد على الخمس يقع على عاتق المدعى أى الشريك المغبون ، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الاثبات ومنها البينة والقرائن لأنه انما يثبت واقعة مادية . والغالب فى العمل أن تعيـــن المحكمة خبيرا لتقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة ، ولتقدير قيمة المال المفرز الذى وقع فى نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضا ، وبمقارنة هاتين القيمتين تمكن معرفة ما اذا كان الشريك قد لحقه غبن

يزيد على الخمس بالنظر الى مقدار حصته فى المال الشائع قبل القسمة .

ومتى ثبت للقاضى وقوع غبن للمدعى يزيد على الخمس ، على النحو الذى بسطناه ، فانه يتعين عليه أن يقضى بنقض القسمة ، أى بابطالها ، ففى دعاوى الابطال ، على خلاف دعاوى الفسخ ، لا يملك القاضى سلطة تقديرية ويتحتم عليه أن يقضى بابطال العقد متى تحقق سبب الابطال .

٥٥٠ — الآثار التى تترتب على نقض القسمة للغبن :

اذا نقضت القسمة الاتفاقية للغبن ، بطلت واعتبرت كأن لم تكن . وعادت حالة الشيوع التى كانت قد زالت بالقسمة قبل ابطالها ، واعتبر المال المملوك للشركاء شائعا بينهم منذ بدأ الشيوع وكأنه لم ينقطع . فيجوز اذن لأى شريك أن يطلب القسمة من جديد ، سواء فى ذلك الشريك المغبون الذى نقض القسمة أو أى شريك آخر لم يطلب نقضها . ويجوز أن تكون القسمة الجديدة قسمة اتفاقية كما كانت أول مرة وعندئذ يجوز نقضها هى أيضا للغبن على الوجه الذى بيناه ، كما يجوز أن تكون قسمة قضائية وعندئذ لايجوز نقضها للغبن .

ونقض بالقسمة للغبن له أثر رجعى كما قدمنا ، فتسقط تصرفات الشركاء فى الأموال المفرزة التى وقعت فى نصيبهم نتيجة للقسمة ، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التى ترتبت للغير طبقا للقواعد المقررة فى شأن أثر ابطال العقد فى التصرفات الصادرة للغير . أما أعمال الادارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بعد نقض القسمة ، وذلك وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

٥٥١ — تفادى نقض القسمة باكمال نصيب الشريك المغبون :

قدمنا (١) ، أن المادة ٢/٨٤٥ مدنى تنص فى شأن دعوى الغبن

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ .

على أن « للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته » .

ويلاحظ أن هناك حالتين أخريين يناظران تفادى نقض القسمة باكمال نصيب الشريك المغبون :

(الحالة الأولى) حالة الغبن عن طريق الاستغلال ، ففيها يجوز للمتعاقد المغبون أن يطلب ابطال العقد أو انقاص التزاماته . وانقاص الالتزامات هنا ليس ضروريا أن يكون بحيث يرفع أى غبن عن المتعاقد المغبون ، بل يكفى أن يرفع عنه الغبن الفاحش (١) . وكذلك يجوز للمدعى عليه فى عقود المعاوضة أن يتوقى دعوى الابطال « اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن » (م ١٢٩ /٣ مدنى) . ولا يشترط أن تكون الزيادة التى يعرضها المدعى عليه لتوقى دعوى الابطال « بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء ، بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لا يصل الى حد الغبن الفاحش » (٢) .

(والحالة الثانية) حالة الغبن فى بيع عقار من لا تتوافر فيه الأهلية ، فقد نصت المادة ١/٤٣٥ مدنى على انه « اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل » .

ففى الحالتين المتقدمتى الذكر من حالات الغبن ، لا يعوض الطرف الا بما يرفع عنه الغبن الفاحش ، وهو عادة ما يزيد على الخمس فيكفى أن يرتفع الغبن بحيث يصبح غير زائد على الخمس ، وليس من الضرورى أن يرتفع الغبن بتاتا . أما فى الحالة التى نحن بصددها ،

---

(١) الوسيط الجزء الأول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الأول فقرة ٢١١ .

(٢) الوسيط الجزء الأول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الأول فقرة ٢١٠ .

وهي حالة نقض القسمة للغبن ، فلا يكفي ذلك ، بل يجب اكمال الشريك المغبون ، نقدا أو عينا ، مانقص من حصته • فيجب اذن ، لتفادي دعوى نقض القسمة ، رفع الغبن بتاتا عن الشريك المغبون ، واعطاؤه ما يجعل قيمة نصيبه فى القسمة يعادل تماما حصته الشائعة دون نقص • والسبب فى ذلك أن البيع وأمثاله من العقود تعتبر من عقود المضاربة • يحتمل فيها الغبن ويتسامح فيه الى حد معين • أما القسمة فليست من عقود المضاربة ، بل هى عقد يقوم فى أساسه على المساواة ما بين المتقاسمين ، فاذا اختلت هذه المساواة اختل العقد • واذا كان القانون قد تسامح فى غبن لا يزيد على الخمس فى بداية الأمر حتى لاتثار المنازعات لأقل غبن يصيب الشريك ، فانه تشـــدد متى زاد الغبن على الخمس فأوجب اكمال نصيب الشريك بما يساوى حصته تماما ، ولم يكتف بابلاغ نصيب الشريك الى أربعة الأخماس كما اكتفى فى الاستغلال وفى بيع عقار غـير كامل الأهلية •

وحساب ما نقص من حصة الشريك المغبون يعتد فيه بوقت القسمة ، لا بوقت الدفع ، ويجب أن يضاف الى ذلك ثمرات هذا الجزء الناقص أو فوائده وقت القسمة الى وقت الدفع ، حتى يكون تعويض الشريك المغبون كاملا •

واكمال نصيب الشريك المغبون على هذا النحو يصح أن يكـون نقدا أو عينا • فالنقد يكون بدفع مبلغ من النقود يساوى ما نقص من حصة الشريك المغبون على الوجه الذى سبق بيانه ، وقد يكون الاكمال عينا بأن يدفع الى الشريك المغبون جزء من المال المقسوم عينه يكمل حصته• والخيار بين الدفع نقدا أو الدفع عينا يكون للمدين ، أى للمدعى عليه فى دعوى نقض القسمة للغبن • فاذا عرض المدين الدفع نقدا وقبله الشريك المغبون ، فلا يصح للمدين بعد ذلك العدول عن الدفع نقدا الى الدفـــع عينا • والعكس صحيح ، اذا عرض المدين الدفع عينا وقبـــله الشريك المغبون ، لم يجز للمدين بعد ذلك العدول الى الدفع نقدا •

ويجوز للمدعى عليه عرض اكمال حصة المدعى فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وأمام محكمة الاستئناف لأول مرة . بل يجوز له العرض حتى بعد صدور حكم نهائى ينقض القسمة للغبن ، وذلك الى وقت اجراء قسمة جديدة ، فيمنع المدعى عليه تمام اجراء هذه القسمة الجديدة بعرضه اكمال حصة المدعى مضافا الى ذلك المصروفات التى تكبدها هذا الأخير بسبب البدء فى اجراء القسمة الجديدة . ويظهر ذلك من عبارة النص ، اذ تقول المادة ٨٤٥/٢ مدنى فى شأن دعوى الغبن ، كما رأينا (١) ، أن « للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد .. » . فمنع القسمة من جديد هو الغرض الذى يهدف اليه المدعى عليه من عرضه اكمال حصة المدعى ، فيجوز له هذا العرض الى ما قبل اتمام هذه القسمة (٢) .

واذا تعدد المدعى عليه ، وهذا مايقع كثيرا فى العمل ، فلابد من أن يتفق هؤلاء جميعا على مبدأ اكمال حصة المدعى نقدا أو عينا . فاذا اتفقوا على ذلك ، واختلفوا فى مقدار ما يرد الى المدعى ، تولت المحكمة الفصل فى ذلك . أما اذا لم يتفقوا على مبدأ الاكمال نفسه ، فان من لم يوافق من الشركاء على الاكمال لا يلتزم به . واذا دفع الشركاء الذين وافقوا على الاكمال ما يكمل نصيب الشريك المغبون كله ، لم يرجعوا على من لم يوافق من الشركاء بشىء (٣) .

ويجوز لدائنى المدعى عليهم التدخل فى دعوى نقض القسمة للغبن ، وعرض اكمال حصة الشريك المغبون نيابة عن مدينهم (٤) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ .

(٢) انظر فى هذا المعنى ديمولومب ١٧ فقرة ٤٥٩ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٥٥٥ — محمد على عرفة فقرة ٣٣٥ ص ٤٥٣ .

(٣) ديمولومب ١٧ فقرة ٤٦٩ وفقرة ٤٧١ — هيك ٥ فقرة ٤٧١ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٥٥٦ .

(٤) ديمولومب ١٧ فقرة ٤٦١ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٥٥٧ .

المطلب الثانى

القسمة القضائية

٥٥٢ — متى يجب أن يكون القسمة قضائية :

يجب أن تكون القسمة قضائية فى حالتين :

(الحالة الأولى) اذا لم تجمع آراء الشركاء على اجراء قسمة اتفاقية ، وأراد أحدهم الخروج من الشيوع ، فليس أمامه الا أن يلجأ الى القسمة القضائية ، فيرفع دعوى القسمة (م ١/٨٣٦ مدنى) على التفصيل الذى سنورده فيما يلى .

(الحالة الثانية) اذا انعقد اجماع الشركاء على اجراء قسمة اتفاقية ، ولكن كان فيهم من هو غير كامل الأهلية أو غائب . فقد رأينا أنه يستخلص من المادتين ١/٤٠ و ٧٩ من قانون الولاية على المال وجوب أن تكون القسمة قضائية فى فرضين : (الفرض الأول) أن يستأذن الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب المحكمة فى اجراء قسمة اتفاقية ، فلا تأذن المحكمة ، وعندئذ يتعين أن تكون القسمة قضائية . (الفرض الثانى) أن تأذن المحكمة مبدئيا فى اجراء قسمة اتفاقية . وعندما يعرض عليها عقد القسمة للتثبت من عدالته لاتقره ، وتقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية (١) .

٥٥٣ — قسمة المهايأة التى تسبق القسمة النهائية — احالة :

ويحدث أن يتفق الشركاء ، فى أثناء اجراءات القسمة القضائية ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٤٣ — واذا سير فى اجراءات القسمة القضائية لمانع يحول دون القسمة الاتفاقية ، ثم زال المانع كان اتفق الشركاء بعد أن كانوا مختلفين أو زال الحجر عن الشريك المحجور ، جاز للشركاء أن يعدلوا عن القسمة القضائية الى القسمة الاتفاقية (أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٣ ص ١٥٤ — ص ١٥٥) .

على قسمة المال الشائع بينهم قسمة مهايأة تظل نافذة الى أن تتم القسمة القضائية . بل يجوز ، اذا لم يتفق الشركاء على قسمة المهايأة هـــذه ، أن يطلب أحد الشركاء ، فى أثناء اجراءات القسمة القضائية ، من القاضى الجزئى المختص باجراء هذه القسمة أن يأمر بقسمة المهايأة الى أن تتم القسمة القضائية . فيأمر بها القاضى ، وقد يستعين بخبير عند الاقتضاء، ويغلب أن يكون هذا الخبير هو نفس الخبير الذى يقوم باجـــراءات القسمة القضائية . وقد نصت على كل ذلك المادة ٨٤٩ مدنى فيـــما قدمناه (١) ، وسبق لنا بحث هذه المسألة تفصـــيلا فنحيل هنـــا الى ما قدمناه هنـــاك (٢) .

٥٥٤ — دعوى القسمة :

والقسمة القضائية تكون فى صورة دعوى تسمى بدعـــــوى القسمة (٣) . ونبحث فى صدد هذه الدعوى مسألتين : ١ — الخصوم والمحكمة المختصة . ٢ — قسمة التصفية والقسمة العينية .

١ — الخصوم والمحكمة المختصة

٥٥٥ — الخصوم فى دعوى القسمة — نص قانونى :

تنص المادة ١/٨٣٦ مدنى على ما يأتى :

« اذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمـــة الجـــزئية (٤) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٩١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٩٤ .

(٣) ودعوى القسمة لا تسقط بالتقادم . وقد نصت المادة ٨٤٣ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على انه « لا يسرى حكم مرور الزمن على دعوى طلب القسمة » .

(٤) **تاريخ النص** : ورد هـــذا النص فى المـــادة ١/١٢٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «أما اذا اختلف الشركاء ، فعلى من يريد الخروج =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٤٩/٤٥٢(١)٠

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ١/٧٩٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٤٥ — وفى التقنين المدنى العراقى ١/١٠٧٢ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٩٤٢ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٣٣ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٤٢ (٢) ٠

= من المشيوع ان يكلف باقى الشركاء بالحضور امام المحكمة الجزئية التى تقع فى دائرتها العقارات او أكبرها قيمة ، وان كان المراد تسمته منقولا فأمام المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها موطن احد المدعى عليهم » . وفى لجنة المراجعة حذف الشق الأخير من النص ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١/٩٠٧ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٩٠٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١/٨٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٦ — ص ١٠٨) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٥٤٩/٤٥٢ : اما اذا كانوا مختلفين فى الراى ، او كان احدهم ليس فيه أهلية التصرف فى حقوقه ، فعلى من اراد منهم القسمة ان يكلف بالحضور باقى شركائه امام محكمة المواد الجزئية التابع اليها مركز الشركة او موقع العقار او امام المحكمة التابع لها محل احد الشركاء اذا كان المراد قسمته منقولا ، وان يطلب من المحكمة تعيين واحد أو أكثر من اهل الخبرة لأجل التقويم وتعيين الحصص .

(والتقنين المدنى السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا ان التقنين السابق كان يوجب ان تكون القسمة قضائية اذ وجد بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٥ : اذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يقيم دعوى للقسمة وفقا لنصوص قانون المرافعات المدنية .

(والنص فى مجموعة يوافق نص التقنين المصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١/١٠٧٢ : اذا لم يتفق الشركاء على القسمة او كان بينهم محجور ، فللشريك الذى يريد الخروج من الشيوع مراجعة محكمة الصلح لازالته .

(ونص التقنين العراقى يوافق نص التقنين المصرى ، فيما عدا ان التقنين العراقى يوجب أن تكون القسمة قضائية اذا كان بين الشركاء محجور) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٢ : اذا قام نزاع ، أو كان أحد الشركاء لا يملك حرية التصرف فى حقوقه ، أو كان بينهم شخص غائب ، جاز للشريك الذى يرغب فى الخروج من الشيوع ان يطلب من المحكمة اجراء القسمة وفاقا للقانون .

=

ويتبين من هذا النص أنه يجوز لأى شريك ، اذا لم يجمع الشركاء على القسمة الاتفاقية ، أن يرفع دعـوى القسمة ، فيكون هـو المدعى ، ويجب أن يرفع الدعوى على سائر الشركاء ، فيدخلون جميعا خصوما فى دعـوى القسـمة (١) .

واذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض ، جاز بعد ذلك ادخال من لم يدخل فى الدعوى (٢) ، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا فى الدعوى من تلقاء أنفسهم ، وجاز للمحكمة أن تأمر بادخالهم من تلقاء نفسـها .

واذا صدر الحكم فى دعوى القسمة دون أن يكون جميع الشركاء

= (والتقنين اللبنانى يتفق مع التقنين المصرى ، فيما عـدا ان التقنين اللبنانى يوجب أن تكون القسمة قضائية اذا وجـد بين الشركاء محجـور او غائب) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٣٣ : ترفع دعوى القسمة امام المحكمـة الكلية وللمحكمة ان تندب خبيرا او اكثر لافراز الانصبة ان كان المال يقبل القسمة عينا دون نقص كبير فى قيمته .

(واحكام التقنين المدنى الكويتى تتفق مع احكام التقنين المصرى فيما عدا ان التقنين الكويتى جعل الاختصاص بنظر دعوى القسـمة معقودا للمحكمة الكلية) .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٤٢ : ١ — يشترط لصحة القسمة قضاء ان تتم بطلب من احد أصحاب الحصص المشتركة . ٢ — وتتم قسمة القضـاء ولوامتنع احد الشركاء او تغيب .

(ولاتختلف أحكام التقنين الأردنى عن أحكام التقنين المصرى الا فى ان التقنين الاردنى لم يمنح الاختصاص بنظر دعوى القسمة لمحكمة معينة) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القضاء الصادر فى دعوى القسمة هو حكم يؤثر فى الملكية وتترتب عليه حقوقه ، اذن فغير سديد القول بأن دعوى القسمة هى مجرد دعوى اجراءات لا تأثير لصفات الخصوم فيها (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عـاما جزء ٢ ص ٨٨٣) . وقضت أيضا بأن الشريك فى ملك شائع الذى يتصرف فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشترى منه ،متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت اليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء اجراءات القسمة (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٣ مجمـوعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٦٣) .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٥١ .

قد دخلوا خصوما فى الدعوى ، لم يكن الحكم حجة على من لم يدخل . ولكن ليس للشركاء الذين دخلوا خصوما أن يدفعوا الدعوى بعدم قبولها ، لأن الشريك الذى لم يدخل خصما هو وحده الذى يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ الحكم فى حقه (١) .

واذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبى ، حل المشترى محل الشريك وأصبح شريكا فى الشيوع مع سائر الشركاء ، وخرج الشريك البائع من عداد الشركاء . ويترتب على ذلك أن المشترى ، وقد أصبح شريكا فى الشيوع ، هو الذى له أن يرفع دعوى القسمة ، وهو الذى يختصم فيها ، دون الشريك البائع (٢) . أما اذا اشترى الأجنبى جزءا مفرزا من المال الشائع ، فان هذا الشراء لا ينفذ فى حق سائر الشركاء كما سبق القول (٣) ، ومن ثم لا يعتبر المشترى للجزء المفرز شريكا فى الشيوع ، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا يصح اختصامه فيها (٤) .

---

(١) نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ٢٠٩ ص ١٥٢٧ .

وقد قضت محكمة النقض بانه وفقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدنى يترتب على صدور حكم بالقسمة ان يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ ان تملك فى الشيوع وانه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص وان ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم .

(نقض مدنى فى ٢٦ ابريل سنة ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ٢١٠ صفحة ١٠٥١) .

(٢) واذا كان المال الشائع عقارا ، فحتى يصبح المشترى لحصة شائعة فيه شريكا يجب عليه أن يسجل عقده حتى تنتقل اليه الملكية ، ولا يكفى أن يرفع دعوى بصحة التعاقد ولو سجل صحيفتها (نقض مدنى ٢١ ابريل سنة ١٩٦٠ مجموعة احكام النقض ١١ رقم ٤٩ ص ٣٢٤) . ولكن يجوز له ، باعتباره دائنا للشريك البائع ، أن يعارض فى أن تتم القسمة بدون تدخله طبقا للمادة ٨٤٢ (اسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٧ هامش ١) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٣١ .

(٤) انظر آنفا فقرة ٥٣١ فى الهامش . وانظر محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٠٨ — اسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٨ — حسن كيرة فقرة ١٤٢ ص ٤٧٩ — عكس ذلك نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ — ٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ — ٣٠ =

وقد قضت محكمة النقض بأن الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، فالمشترى لحصة شائعه من أحد الشركاء على الشيوع ، اذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ، يعتبر من الغير وبالتالى لا يحتج عليه بهذه انقسمه ، ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القسمه التى تجرى بخصوص هذا العقار ، وله أن يطلب اجراء قسمة جديدة ، اذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها (١) .

كما قضت محكمة النقض بأن بيع الشريك فى العقار الشائع قدرا مفرزا قبل اجراء القسمة بين الشركاء لا يجعل المشترى — بالتطبيق الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى — شريكا فى العقار ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء ولا يلزم تمثيله فى القسمة حتى لو سجل عقده قبل القسمة (٢) .

= يونية سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١ — ٢٨ يونية سنة ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠ — محمد على عرفة فقرة ٣٢٣ . ولكن للمشترى لجزء مفرز ، بوصفه دائنا للشريك البائع ، أن يعارض فى أن تتم القسمة بغير تدخله ، واذا سجل عقد البيع قبل رفع دعوى القسمة وجب على الشركاء ادخاله فيها (اسماعيل غانم فقرة ٩٣ ص ٢١٨ — ص ٢١٩) .

كما قضت محكمة النقض بان للشريك على الشيوع أن يبيع حصته شائعة واذا سجل المشترى عقده انتقلت اليه حصة البائع شائعة ويصبح المشترى دون الشريك هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الاعيان اتفاقا او قضاء ، فاذا تجاهله شركاؤه واجروا القسمة مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل ، فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشترى الذى سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة (نقض مدنى فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ٣١٣ صفحة ١٦٧٨) .

(١) نقض مدنى فى ٢٨ ابريل سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ٢٣٨ صفحة ١٣٠٤ .

(٢) نقض مدنى فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٨٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٥ رقم ٣٦١ صفحة ١٨٩٤ .

واذا كان أحد الشركاء يملك حصته الشائعة تحت شرط فاسـخ ، جاز لهذا الشريك أن يرفع دعوى القسمة ، واذا رفعها غيره من الشركاء وجب اختصامه فيها • ويجب فى جميع الأحوال اختصام الشريك الذى يملك حصته الشـائعة تحت شرط واقف ، سـواء كان من رفع دعوى القسمة هو الشريك تحت شرط فاسـخ أو كان غيره من الشركاء • ولكن الشريك تحت شرط واقف لا يملك أن يرفع هو دعوى القسـمة ، لأنه لا يملك أن يقوم الا بالأعمال التحفظية ورفع دعوى القسمة تخرج عن نطاق هذه الأعمال (١) •

وقد قضت محكمة النقض بأنه من المقرر فى قضائها بأن الشريك فى ملك شائع الذى يتصرف بالبيع فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشترى منه متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت اليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء اجراءات القسمة (٢) •

٥٥٦ — المحكمة المختصة :

رأينا (٣) أن المادة ١/٨٣٦ مدنى تجعل الاختصـاص فى دعوى القسمة للمحكمة الجزئية • فالمحكمة الجزئيـة اذن هى المختصة بدعوى القسمة ، أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التى يراد اقتسامها ، ولو زادت هذه القيمة على نصاب القاضى الجزئى • والمحكمة الجزئية هى المحكمة التى تقع فى دائرتها العقارات أو أكبرها قيمة ، فان كان المراد قسـمته منقولا فالمحكمة الجزئية المختصة هى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحد المدعى عليهم (٤) •

وانما جعلت المحكمة الجزئية مختصة ولو زادت قيمة المال الشائع

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢١٦٥ •

(٢) نقض مدنى فى ٢٤ يناير سنة ١٩٨٢ مجموعة احكام النقض السنة ٣٣ رقم ٣١ صفحة ١٦٩ •

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٥٥ •

(٤) انظر المشروع التمهيدى للمادة ٨٣٦ آنفـا فقرة ٥٥٥ ص ٩١١ هامش ٤ •

على نصابها ، لأن اختصاصها هذا لا يتناول الا اجراءات القسمة بصرف النظر عن قيمة المال المراد قسمته للتعجيل بالأجراءات حتى لا تبقى دعوى القسمة مدة طويلة أمام المحاكم .

فالذى تختص به المحكمة الجزئية أذن هو النظر فى افراز نصيب شريك فى المال الشائع ، بأن تعين خبيرا عند الاقتضاء لتكوين الحصص، واجراء القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل ، وتقدير هذا المعدل ان وجد ، وتعيين نصيب كل شريك بطريق التجنيب أو بطريق الاقتراع ، واعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، وباجراء القسمة بطريق التصفية أن تعذرت القسمة العينية ، وبيع المال الشائع فى المزاد العلنى وقسمة الثمن بين الشركاء (١) .

أما ما عدا ذلك من المنازعات التى لا تتعلق باجراءات القسمة ، كتعيين حصة كل شريك فى المال الشائع وأصل ملكيته لهذه الحصة ، والمنازعات المتعلقة بتصرف الشريك فى حصته وحلول المتصرف له مكانه فى دعوى القسمة ، وغير ذلك من المنازعات التى تثور حول القسمة ولا تدخل فى اجراءاتها ، فان المحكمة المختصة ينظرها هى ، وفقا للقواعد العامة ، المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب قيمة النزاع.

فاذا رفعت دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية المختصة ، نظرت هذه المحكمة ما اذا كانت القسمة العينية للمال الشائع غير ممكنة أو كان من شأن حذه القسمة احداث نقص كبير فى قيمة المال الشائع ، وعند ذلك تقضى بأن تكون القسمة بطريق التصفية . أما اذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع ، فان المحكمة الجزئية تأمر باجراء هذه القسمة .

---

(١) نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض ١٠ رقم ١٩ ص ١٣٤ — تنا الكلية ٢٨ ابريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٤٢ ص ٦٠ .

٢ — قسمة التصفية والقسمة العينية

٥٥٧ — قسمة التصفية — نص قانونى :

تنص المادة ٨٤١ مدنى على ما يأتى :

« اذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها احداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٥٨/٥٥٤ (٢).

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى

---

(١) تاريخ النص :

ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا ان المشروع التمهيدى كان يكتفى بأن يكون النقص فى قيمة المال الشائع ، عند القسمة العينية ، نقصا « محسوسا » . وفى لجنة المراجعة ابدلت بعبارة « نقص محسوس » عبارة « نقص كبير » ، واصبح النص رقمه ٩١٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٠ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، رأى احد الأعضاء « اطلاق المزايدة يدخلها الشركاء وغير الشركاء حتى تتحقق مصلحة جميع الشركاء ، ويمتنع بذلك اتفاقهم على باطل اضرارا بغيرهم من الشركاء او الدائنين » . ورد مندوب الحكومة بأن وجه النظر الى أن قصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا هذا بالاجماع من شأنه « بقاء المال فى العائلة ، أما الدائنون فحقوقهم مكفولة بالمادة التالية » ، واضاف « انه ما دام جميع الشركاء قد اتفقوا على بيع المال الشائع بينهم فهم وشأنهم ، ولو كان فى اتفاقهم هذا ضرر بمصلحتهم ما دام لا يمس المصلحة العامة » . ووافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٨٤١ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما اقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٦ — ص ١١٧) .

(٢) **التقنين المدنى السابق م ٤٥٨/٥٥٤** : اذا لم تمكن القسمة عينا ، تباع الأموال بالأوجه المبينة بقانون المرافعات . (ويختلف التقنين السابق عن التقنين الجديد فى أمرين : — لم يذكر التقنين السابق الا عدم امكان القسمة عينا ، أما التقنين الجديد فقد اضاف امكان القسمة عينا ولكن مع ضرر كبير . ٢ — اجاز التقنين الجديد قصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا هذا بالاجماع) .

السورى المادة ٧٩٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المـادة ٨٤٥ — وفى التقنين المدنى العراقى ١٠٧٣ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المـادة ٣/٩٤٢ ، ٦ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٣٦ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٤٤ (١) .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٥ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٥ (سبق ذكرها آنفا فقرة ٥٥٥ فى الهامش — وقد نظم تقنين المرافعات الليبى قسمة المال الشـائع من طريق بيعـه بالمزاد) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٣ : ١ — اذا تبين للمحكمة ان المشـاع غير قابل للقسمة ، اصدرت حكمـا ببيعه . ٢ — وفى هذه الحـالة تقـدر المحكمة ، بناء على مراجعة المدعى أو أحد الشركاء ، بدل المثل بمعرفة اهل الخبرة . فاذا قبل المدعى ببيع حصته بالبدل المقدر ، عرضت المحكمة الشراء على سائر الشركاء ، ولابداء رغبتهم فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغهم بذلك . فاذا وافق الشركاء كلهم او بعضـهم على الشراء بالبـدل المقرر ، بيعت الحصـة الى الراغبين بالتسـاوى فيما بينهم . أما اذا رغب أحد الشركاء فى شرائها ببدل أعلى ، فتجرى المزايدة عليها بين الشركاء وحدهم وتباع لأعلى مزايد . ٣ — واذا لم يقبل المدعى البيع بالبدل المقدر ، أو لم يرغب أحد الشركاء فى الشراء ، وبقى المدعى مصرا على طلبـه ، بيع المشاع كله بالطريقة المقررة قانونا ، وقسم الثمن على الشركاء كل بقـدر نصـيبه .

(والتقنين العراقى يأتى باحكام تختلف عن احكام التقنين المصرى كما نرى) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٢ / ٤ ٦٠ (معدلة بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ : انظر حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصـلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكـاتبة سـنة ١٩٦٥ ص ٢١٧) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٣٦ : ١ — اذا كانت قسمة المال عينا غير ممكنة أو كان من شأنها احداث نقص كبير فى قيمته ، حكمت المحكمة ببيعـه بالمزاد بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات . ٢ — ويجوز للمحكمة أن تأمر بقصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع ما لم يكن بينهم غير كامل الأهلية وليس له ولى أو كان بينهم من ثبتت غيبته أو فقده .

(وأحكام التقنين الكويتى لا تختلف عن أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٤٤ : اذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها احداث ضرر أو نقص كبير فى قيمة العين المراد قسمتها جاز لأى من الشريكين بيع حصته للآخر أو أن يطلب من المحكمة بيعها بالطريق المبينة فى القـانون .

وسنرى (١) أن المحكمة ، عندما ترفع اليها دعوى القسمة ، تندب ، أن رأت وجها لذلك ، خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا ان كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته (م ٢/٨٣٦ مدنى) . فاذا تبين أن المال الشائع لا تمكن قسمته عينا كأن كان فرسا أو خاتما أو سيارة ، أو تمكن قسمته ولكن باحداث نقص كبير (٢) فى قيمته كأن كان دارا اذا قسمت طبقات أحدثت القسمة على هذا الوجه نقصا كبيرا فى قيمة الدار ، أو كان أرض بناء لو قسمت لأصبح كل قسم أو القسم الأصغر لا يصلح لبناء يستفاد منه استفادة معقولة (٣) ، فان المحكمة تقضى بأن تكون القسمة بطريق التصفية (licitation).

والقسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بطريق المزايدة العلنية ، وقسمة الثمن الذى يرسو به المزاد على الشركاء ، كل بنسبة حصته فى المال الشائع .

وتصدر المحكمة الجزئية المرفوع أمامها دعوى القسمة حكما باجراء البيع بالمزايدة ، متى تحققت أن المال الشائع لا تمكن قسمته عينا دون أن يلحق به نقص كبير فى قيمته ، وذلك أيا كانت قيمة هذا المال الشائع ولو جاوزت القيمة نصاب القاضى الجزئى ، فان الحكم باجراء البيع بالمزايدة هنا يعتبر اجراء من اجراءات القسمة تختص به المحكمة

= (والتقنين الأردنى تتفق احكامه مع التقنين المصرى ، الا انه لم ينص على انه يجوز للمحكمة ان تقصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع ولكن هذا الحكم يمكن العمل به) .

(١) انظر ما يلى فقرة ٥٥٨ .

(٢) ويجب أن يكون النقص كبيرا ، ولا يكفى أن يكون محسوسا (أنظر آنفا نفس الفقرة ص ٩١٥ هامش ٢) .

(٣) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٧ — ٢ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٣٩ — او كان المال الشائع مصنعا لا تمكن تجزئته (استئناف مختلط ١٩ ابريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٨٨) .

الجزئية كما سبق القول (١) .

ويباع المال الشائع بالمزايدة ، وفقا للاجراءات التى قررها تقنين المرافعات . وتتلخص هذه الاجراءات ، بالنسبة الى العقار (٢) ، فى أن البيع يجرى بناء على قائمة بشروط البيع يودعها من يعنيه التعجيل من الشركاء قلم كتاب المحكمة الجزئية . وتشمل قائمة شروط البيع حكم المحكمة الصادر بالبيع ، وتعيين العقار الشائع (الموقع والحدود والمساحة ورقم القطعة واسم الحوض ورقمه وغير ذلك من البيانات التى تفيد فى تعيينه) ، وشروط البيع والثمن الأساسى الذى تقدره المحكمة الجزئية ، وتجزئة العقار الى صفقات اذا اقتضت الحال مع ذكر الثمن الأساسى لكل صفقة ، وبيان سنوات الملكية ، وبيان جميع الشركاء وموطن كل منهم . ويرفق بقائمة شروط البيع ، الى جانب شهادة ببيان الضريبة وسندات الملكية وشهادة عقارية عن مدة عشر السنوات السابقة على ايداع القائمة ، صورة من الحكم الصادر باجراء البيع . ويخبر قلم الكتاب بايداع قائمة شروط البيع كلا من الدائنين المرتهنين رهنا حيازيا أو رسميا ، وأصحاب حقوق الاختصاص والامتياز ، وجميع الشركاء . ولكل من الشركاء أن يبدى ما لديه من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع ، بطريق الاعتراض على القائمة . ويباع العقار الشائع بالمزايدة طبقا للقواعد المتعلقة باجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين (٣) ، وللأحكام الخاصة بزيادة

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٥٦ .

(٢) اما اذا كان المال الشائع منقولا ، فتتبع فى بيعه لعدم امكان قسمته الاجراءات المقررة لبيع المنقول المحجوز عليه فيما لا يتعارض منها مع الغرض المقصود من البيع (محمد على عرفة فقرة ٣٢٩ — اسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥) .

(٣) ومن هذه الاجراءات ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٦٣٨ مرافعات ، ويستخلص منها انه اذا لم يتقدم مشتر أجل البيع مع تنقيص عشر الثمن الأساسى مرة بعد مرة كلما اقتضت الحال ذلك (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة احكام النقض ١٠ رقم ١٩ ص ١٣٤ — اسماعيل غانم =

العشر (١) واعادة البيع على مسئولية المشترى المتخلف ، وللأحكام الخاصة بحكم مرسى المزاد (٢) •

والأصل أن يسمح للشركاء ولغير الشركاء فى الدخول فى المزايدة ، فان رسا المزاد على شريك اعتبر البيع قسمة ، وان رسا على أجنبى ، اعتبر أيضا قسمة فيما بين الشركاء وبيعا فى علاقة الشركاء بالراسى عليه المزاد • وقد يتفق الشركاء جميعا على قصر المزايدة عليهم دون السماح لأجنبى فى الدخول فيها ، وذلك حفظا للمال فى الأسرة • ويكون هذا الاتفاق صحيحا ملزما للشركاء ، لأنهم هم الذين يقدرون مصلحتهم فى ذلك • أما مصلحة الدائنين فمكفولة بما لهم من حق الاعتراض والتدخل (٣) • ولا مساس بالمصلحة العامة فى شىء من ذلك (٤) • واذا كان بين الشركاء من هو غير متوافر الأهلية أو غائب ، وجب على نائبه الحصول على اذن المحكمة المختصة بالولاية على المال فى قبوله قصر المزايدة على الشركاء ، لأن هذا العمل يجاوز أعمال الادارة

= فقرة ٩٧ ص٢٢٥ هامش ١) • وقد قضت محكمة النقض ايضا بأنه اذا حدد القاضى بناء على طلب طالب البيع من الشركاء يوما للبيع ، وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق يعلن به أى خصم فى اية دعوى ، ولا يكفى ما ينشر أو يلصق من اعلانات ، والا كان حكم مرسى المزاد غير نافذ فى مواجهة من لم يعلن من الشركاء (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٨٨٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه فى حالة بيع العقار بالمحكمة لتعذر قسمته بين الشركاء ، يجوز لكل أحد استئناف المزايدة بالتقرير بزيادة العشر ، سواء أكان من أرباب الديون المسجلة او من الدائنين بسند واجب التنفيذ أم لم يكن (نقض مدنى ٦ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٤٧٦) .

(٢) انظر فى كل ذلك المواد ٤٥٩ — ٤٦٦ و ٤٦٨ مرافعات .

(٣) وسنرى (انظر ما يلى فقرة ٥٦٥) أن للدائنين المعارضة فى أن يقتصر المزاد على الشركاء دون أن يدخل اجنبى فيه ، خشية من تواطؤ الشركاء على ارساء المزاد على أحد منهم بثمن بخس ، وسعيا وراء الوصول الى اعلى ثمن ممكن عن طريق دخول الأجانب فى المزاد .

(٤) انظر المناقشة التى دارت فى هذا الشأن فى لجنة مجلس الشيوخ آنفا نفس الفقرة ص ٩١٥ هامش ٢ .

المعتــادة (١) • ومتى تم الاتفــاق على قصر المزايدة على الشركاء على النحو الذى قدمناه ، أجريت المزايدة بين الشركاء وحدهم دون غيرهم ، ويعتبر رسو المزاد هنا قسمة لا بيعا ، لأن المزاد لابد أن يرسو على أحد الشركاء (٢) •

٥٥٨ ــ القسمة العينية ــ مراحلها الأربع :

فاذا أمكنت قسمة المال الشائع عينا دون نقص كبير يلحقه ، أمرت المحكمة الجزئية باجراء القسمة العينية • وهذه القســمة تمر بمراحل أربع :

(المرحلة الأولى) قسمة المال الشائع الى حصــص أو التجنيب (م ٢/٨٣٦ و ٨٣٧ مدنى) •

(المرحلة الثانية) الفصل فى المنازعات (م ٨٣٨ مدنى) •

(المرحلة الثالثة) الحكم باعطاء كل شريك نصيبه المفرز (م ٨٣٩ مدنى) •

(المرحلة الرابعة) تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم اذا كان بين الشركاء غائب أو كان فيهم من لم تتــوافر فيه الأهليــة (م ٨٤٠ مدنى) •

٥٥٩ ــ المرحلة الأولى ــ قسمة المال الشــــائع الى حصص أو التجنيب ــ نصوص قانونية :

تنص المادة ٢/٨٢٦ مدنى على ما يأتى :

---

(١) اسماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٥ ــ ص ٢٢٦ •

(٢) المذكرة الايضــاحية للمشروع التمهيدى فى مجمــوعة الأعمــال التحضيرية ٦ ص ١١٩ ــ ويترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء آثار القسمة ، سواء قصرت المزايدة على الشركاء أو سمح بدخول أجنبى ، فيجب تصديق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القســمة على هذا الحكم اذا كان يوجد بين الشركاء من هو غير متوافر الأهليــة أو غائب (م ٨٤٠ مدنى وم ٤٠ / ٢ من قانون الولاية على المال ــ اســماعيل غانم فقرة ٩٧ ص ٢٢٦ ــ عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٢٨ ص ٤٣٧) •

« وتندب المحكمــة ، ان رأت وجها لذلك ، خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشــائع وقسمته حصصا ان كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير فى قيمته » .

وتنص المادة ٨٣٧ مدنى على ما يأتى :

« يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لــو كانت القسمة جزئية ، فان تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته » .

« ٢ — واذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصــيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٤٩/٤٥٢ (٢).

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٢/٧٩٠ و ٧٩١ — ولا مقابل فى التقنين المدنى الليبى — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٢/١٠٧٢ و ٣ و ٤ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣/٩٤٢ — ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ — وفى

---

(١) **تاريخ النصوص :**
م ٢/٨٣٦ : ورد هذا النص فى المادة ٢/١٢٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٠٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٠٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠٦ — ص ١٠٨) .
م ٨٣٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنــة المراجعة تحت رقم ٩٠٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٧ (مجموعة الأعمــال التحضيرية ٦ ص ١٠٨ — ص ١٠٩) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٥٤٩/٤٥٢ العبارة الأخيرة .. وان يطلب من المحكمة تعيين واحد أو أكثر من أهل الخبرة لأجل التقويم وتعيين الحصص. (والنص موافق) . ولا مقابل فى التقنين المدنى السابق لنص المادة ٨٣٧ ، ولكن العمل كان جاريا على هذا الحكم .

التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٣٤ — ولا مقابل فى التقنين المـــدنى الأردنى (١) .

ويستخلص من هذه النصوص أن المحكمة الجزئية المرفوع اليها دعوى القسمة تبدأ بتعيين خبير أو أكثر ، ان رأت وجها لذلك . وتكون مهمة الخبير هو أن يبدى رأيا فيما اذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته ، أو أنها غير ممكنة . فان كانت

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٢/٧٩٠ و ٧٩١ (مطابق)

التقنين المدنى الليبى : يحيل الى تقنين المرافعات المدنية .

التقنين المدنى العراقى م ٢/١٠٧٢ و ٣و٤ : ٢ — فاذا تبين للمحكمة أن المشاع قابل للقسمة ، قررت اجراءها . وتعتبر المشاع قابلا للقســـمة اذا أمكنت قسمته من غير أن تفوت على احد الشركاء المنفعة المقصودة قبل القســمة . ٣ — فان كان المشاع عقــارا ، تمسح الأرض وتفرز الحصص على أساس أصغر نصيب ، على أن يراعى فيها المتوقع والجودة وجميــع الميزات الأخرى ويراعى كذلك بقدر الامكان أن تستقل كل حصة بحق الطريق والشرب والمسيل وغيرها من حقوق الارتفاق . وتعين قيمة الحصص باتفاق الشركاء انفسهم ، فان لم يتفقوا عينها الحاكم بمعرفة خبير . واذا تعذر أن يختص كل أحد من الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض عما نقص من القيمــة بمعدل ولو من النقود . وتوزع الحصــص بالقرعة ، وبتمامها تتم القسمة فتصدر المحكمة حكما بتأبيدها . ٤ — واذا كان المشاع منقولا ، يفرز الى حصص متعادلة بالقياس المعتاد استعماله فى قياس نوعه ، وتــوزع على الشركاء . (وكل هذه التفصيلات لا تتعــــارض مع أحكام التقنين المصرى) .

قانون الموجبــات والعقود اللبنانى م ٣/٩٤٢ — ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ معدلة بقانون ٢١ كانون الأول سنة ١٩٥٤ : انظر حسن كيرة فى الحقـــوق العينية الأصلية فى القانون المدنى اللبنانى المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٦)

التقنين المدنى الكويتى م ٨٣٤ : ١ — تكون الأنصبة على أســـاس أصغر حصة ولو كانت القسمة جزئية . ٢ ويجب أن يجنب لكل شريـــك نصيبه اذا اتفق الشركاء على ذلك ، أو تعذرت القسمة على أساس أصغر حصة . ٣ — ويجوز أن يكمل ما نقص من قيمة النصيب العينى بمعدل يدفعه من يحصل على نصيب أكبر من قيمة حصته .

(وأحكام التقنين الكويتى يتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل للنص فيه ولكن يمكن العمل به لانه يتفق مع القواعد العامة .

غير ممكنة ، فقد بسطنا فيما تقدم (١) أن المحكمة تجرى قسمة التصفية.

أما اذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته ، فان الخبير يبدأ بقسمة المال الشائع حصصا على أساس أصغر نصيب ، اذا كان ذلك ممكنا . وتستوى فى ذلك القسمة الكلية والقسمة الجزئية ، فان كانت القسمة جزئية قسم الخبير الى حصص الجزء من المال الشائع الذى تراد قسمته ، أو جنب نصيب كل شريك فى هذا الجزء كما سيأتى ، وترك الباقى من المال على شيوعه دون تقسيم أو تجنيب . وقد تكون القسمة جزئية بأن يكون بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين ، فيفرز الخبير للأولين نصيبهم ويقسمه الى حصص أو يجنب لكل شريك نصيبه .

فاذا أمكنت قسمة المال الى حصص متساوية ، كون الخبير هذه الحصص على أساس أصغر نصيب كما قدمنا . وتوضح المذكرة الايضاحية هذه العمليه فى شىء من الاسهاب فتقول : « فاذا أمكن قسمة المال عينا دون أن يلحقه نقص (كبير) ، وعين خبير لتكوين الحصص، كونها على أساس أصغر نصيب ، حتى لو كانت القسمة جزئية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الاخرين.. أما اذا أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب (مثل ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هى النصف والثلث والسدس فيقسم المال أسداسا ، أو تكون أنصبتهم هى الثلثان والربع وجزء من اثنى عشر فيقسم المال الى اثنى عشر جزءا ، وهكذا) ، فان قام نزاع فى تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة الجزئية ... (٢) » .

وقسمة الاطيان الزراعية بين الشركاء المشتاعين جائزة ـ مادامت ممكنة ـ ولو أدت الى تجزئتها لأقل من خمسة أفدنة ، ذلك ان القسمة

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٥٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٩ ـ ص ١٢٠ . وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢٠٧٦ .

باعتبارها كاشفة للحق لا منشئة له لا يسرى بشأنها حكم المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الاصلاح الزراعى • وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ٩٥٢ اذ نصت على أنه « اذا وقع ما يؤدى الى تجزئة الأراضى الزراعية الى أقل من خمسة أفدنة سواء كان ذلك نيتجة للبيع أو المقاريضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية وجب على ذوى الشأن أن يتفقوا على من تؤول اليه ملكية الأرض منهم » ، فقد دلت على أنها انما تنصب على التصرفات والوقائع التى تكسب ملكية الأطيان الزراعية وتؤدى الى تجزئتها لأقل من خمسة أفدنة ولا تنصرف الى قسمة هذه الأطيان بين الشركاء على الشيوع ، والعلة فى ذلك واضحة اذ أن القسمة باعتبارها كاشفة للحق لا منشئة لا تكسب أطرافها ملكية جديدة بل تقرر ملكية كل شريك لحصة مفرزة بعد أن كانت شائعة وتؤدى الى تجزئة ملكية الاطيان التى تتناولها، ذلك أن هذه الملكية تعتبر مجزأة فعلا بين الشركاء بمقتضى سند اكتسابها ومنذ قيام حالة الشيوع بين الشركاء وكل ما ترتب على قسمتها هو تحويل الحصص الشائعة الى مفرزة ، ومن ثم فان النعى على عقد القسمة بالبطلان بدعوى مخالفة المادة ٢٣ من قانون الاصلاح الزراعى والقول ببقاء ملكية الطاعن شائعة يكون على غير أساس (١) •

أما اذا تعذرت قسمة المال الى حصص (٢) على الوجه الذى قدمناه ، فان الخبير يعمد مباشرة الى تحديد نصيب كل شريك مفرزا فى المال الشائع ، وذلك بقدر حصته فى هذا المال ، وهذا ما يسمى

(١) نقض مدنى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ رقم ١٨٠ صفحة ١١٦٤ •

(٢) وتعتبر قسمة المال الى حصص متعذرة اذا كان من شأن تقسيم المال الى حصص صغيرة الانتقاص من قيمته ، أو اقتضى ذلك اجراءات معقدة ، أو كانت الحصص متباعدة بحيث يحتمل أن توقع القرعة فى نصيب احد الشركاء حصصا متناثرة (انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧٧ ص ١٩١ — ص ١٩٢) •

بالتجنيب (١) . ويصح أيضا أن يلجأ الخبير الى التجنيب ، ولو أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب ، اذا اتفق الشركاء جميعا على التجنيب (٢) ، فتجرى القسمة بطريق التجنيب اذن فى حالتين : اذا تعذرت قسمة المال الى حصص على أساس أصغر نصيب ، واذا لم تتعذر هذه القسمة ولكن الشركاء اتفقوا جميعا على أن تكون القسمة بطريق التجنيب (٣) .

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : فاذا لم يتيسر للخبير تكوين الحصص على اساس أصغر نصيب ، جاز له ان يقسم بطريق التجنيب . وذلك بأن يعين لكل شريك جزءا مفرزا من المال الشائع يتعادل مع حصته . واذا اقتضى الأمر معدلا يكمل نصيب بعض الشركاء حدد هذا المعدل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠) .

(٢) ومتى وافق شريك على التجنيب ، لم يجز له الرجوع . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا وافق أحد الشركاء أمام محكمة أول درجة على اجراء القسمة بطريق التجنيب . فلا يجوز له أن يرجع امام محكمة ثانى درجة فى هذا ويطلب اجراء القسمة بطريق القرعة (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

(٣) فالقسمة بطريق التجنيب لا يشترط فيها اذن اتفاق جميع الشركاء، بل يكفى ان ترى المحكمة تعذر قسمة المال الى حصص بناء على تقرير الخبير حتى يكون التجنيب ملزما لجميع الشركاء ولو لم يوافقوا عليه (انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٢ هامش ١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٨ ص ٢٢٨ — ص ٢٢٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ٧٧ ص ص ١٩١ هامش ١ وانظر عكس ذلك محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١١٣ — محمد على عرفة فقرة ٣٢٦) .

أما فى القانون الفرنسى ، فيجب اتفاق جميع الشركاء على القسمة بطريق التجنيب ، ولو كانت قسمة المال الى حصص على أساس أصغر نصيب متعذره ، ويباع المال فى هذه الحالة لعدم امكان قسمته . وهذا الحكم ينتقده الفقه الفرنسى (بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٥١١ — بيدان ولبيان ٥ مكرر فقره ٦٢٢) . وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق يجرى على حكم القانون الفرنسى من أن القسمة بطريق التجنيب يجب فيها اتفاق جميع الشركاء . وقد قضت محكمة النقض بأن نصوص القانون المدنى القديم كانت تقضى بأن القسمة بين الشركاء يجب أن تجرى اصلا بطريق القرعة الا اذا وافق الشركاء على اجرائهـا بطريق التجنيب ، فان تعـذر الأمران اجراء القسمة على اصغر نصيب تمهيدا للقرعة واتفاق الشركاء على القسمة بالتجنيب — وجب بيع العقار لعدم امكان قسمته . ولكن هذه النصوص ، وان اتفقت مع نفس الفقرة الأولى من المادة ٨٣٧ من القانون المدنى الحالى فى أن القرعة هى الأساس وانه يجوز اجراء القسمة بطريق التجنيب اذا =

وسواء قسم الخبير المال الى حصص أو جنب نصيب كل شريك مفرزا ، فقد يقتضى الأمر أن يلجـأ الخبير الى تحديد معدل (soulte) يكمل بعض الحصص الناقصة فى حالة التقسيم الى حصص ، أو يكمل نصيب الشريك المفرز فى حالة التجنيب • وبيان ذلك أن الخبير قد لا يتمكن ، فى تقسيم المال الى حصص ، أن يجعل هذه الحصص متساوية تماما • فيلجأ الى جعل الحصص متساوية بقدر الامكان ، واذا اضطر الى تجديد احدى هذه الحصص أكبر من حصة أخرى ، قدر مبلغا من النقود تدفعه الحصة الكبرى الى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان، ولذلك سمى هذا المبلغ من النقود بالمعدل (soulte) ، كالمعـــدل فى المقايضة • فمن يقع من الشركاء فى نصيبه الحصة الكبرى بطريق القرعة كما سيأتى ، يصبح مدينا بهذا المعدل لمن يقع فى نصيبه الحصة الصغرى، وبذلك يتساوى صاحب الحصة الصغرى مع صاحب الحصة الكبرى • واذا لم يمكن تقسيم المال الى حصص ولو بمعدل على الوجه المذكور ، ولجأ الخبير الى التجنيب ، فقد يضطر هنا أيضا ، عند تحديد انصبة الشركاء مفرزة ، الى تحديد نصيب أحد الشركاء بأقل مما يستحق ، وتحديد نصيب شريك آخر بأكثر مما يستحق • فعند ذلك يقدر مبلغـا من النقود يتعادل به النصيبان ، ويصبح صاحب النصيب الاكبر مدينا بهذا المعدل لصاحب النصيب الأصغر (١) •

= اتفق على ذلك الشركاء ، الا أن النصوص تختلف فى حالة تعذر القسـمة على اصغر نصيب تمهيدا لاجراء القرعة ، فالقانون القديم مـــا كان يبيح التجنيب بغير رضاء الشركاء بينما يبيح القانون الحالى ذلك (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

ومع أن التقنين المدنى السابق كان يشترط فى القسمة بالتجنيب اتفاق جميع الشركاء على ما راينا ، الا أن محكمة الاستئناف المختلطة كانت تقضى بأن التجنيب ممكن ولو عارض أحد الشركاء فيه معارضة تنطوى عـلى التعسف فى استعمال الحق (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨٦ — ٩ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ — ٥ يونية سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٤ — اول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٦ — ومع ذلك انظـــر استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٧) .

(١) والعبرة فى تحديد قيمة المال بوقت اجراء القسمة، لا بوقت رفع=

٥٦٠ — المرحلة الثانية — الفصل فى المنازعات — نص قانونى :
تنص المادة ٨٣٨ مدنى على ما يأتى :

« ٢ — فاذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة ، كان عليها ان تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائيه ، وأن تعين لهم الجلسه التى يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمه الى ان يفصل نهائيا فى تلك المنازعات » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٥٤/٥٥١ (١).

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٩٢ — ولامقابل فى التقنين المدنى الليبى ولا فى التقنين المدنى العراقى ولا فى قانون الموجبات والعقود اللبنانى ولا فى التقنين المدنى الكويتى ولا فى التقنين المدنى الأردنى (٢) .

= دعوى القسمة ولا بوقت بدء الشيوع . وفى فرنسا تحدد الملكية تاريخا معينا ، يسمى بتاريخ الانتفاع المقسوم (jouissance divise) ، يكون هو التاريخ الذى تقدر فيه قيمة المال . ويكون فى الوقت ذاته هو التاريخ الذى يستولى فيه كل شريك على ثمار نصيبه المفرز (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٠٢١ وفقرة ٣٠٦٩ — أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٥١١ — فقرة ١٥١٢) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هـذا النص فى المـادة ١٢٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٠٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٠ — ص ١١١) .

(٢) ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ٤٥٤/٥٥١ : اذا أمكنت قسمة الأموال عينا ، وحصل نزاع فى تعيين الحصص ، تحكم محكمة المراد الجزئية فى ذلك وفى المنازعات الأخرى التى تكون من خصـائصها . واذا حصلت منازعات لم تكن من خصائص المحكمة المذكورة ، وجب عليهـا ان تحيل الأخصام على المحكمة الابتدائية ، وتعين الجلسـة التى يلزم حضورهم فيها أمامها ، وتؤخر الفصل فى القسمة الى ان يحكم قطعيا فى تلك المنازعات . (والنص موافق لأحكام التقنين الجديد) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**
التقنين المدنى السورى م ٧٩٢ (مطابق) .
التقنين المدنى الليبى يحيل على تقنين المرافعات . =

ويتبين من هذا النص أن المنازعات التى تقع بين الشركاء ويجب الفصل فيها قبل المضى فى دعوى القسمة على نوعين : (النوع الأول) المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص • (والنوع الثانى) المنازعات الأخرى التى لا تتعلق بتكوين الحصص •

أما المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص ، كأن يدعى أحد الشركاء أن الحصص غير متساوية ، أو يدعى أن المعدل الذى قدره الخبير أقل مما يجب او أكثر مما يجب ، او انه يمكن تقسيم المال الى حصص بطريقة أفضل ، أو نحو ذلك من المنازعات التى ترجع الى تكوين الحصص ، فهذه تتولى الفصل فيها المحكمة الجزئيه ، ولو زادت قيمة الحصة على نصاب هذه المحكمة • ذلك أن تكوين الحصص يعتبر داخلا فى أعمال القسمة ، والمحكمة الجزئية تختص بجميع أعمال القسمة أيا كانت قيمة المال المراد قسمته • ويلحق بالمنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب انصبة الشركاء ، فقد يدعى أحد الشركاء ان النصيب المفرز الذى جنبه له الخبير أقل مما يستحق ، أو أن هناك طريقة أفضل لتجنيب الأنصبة • فتكون المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء هى أيضا من اختصاص المحكمة الجزئية ، تفصل فيها ولو زادت قيمة النصيب على نصاب القاضى الجزئى • وسواء تعلقت المنازعات بتكوين الحصص أو بتجنيب أنصبة الشركاء ، فان المحكمة الجزئية عندما تفصل فيها ، وتكون قيمتها مما يجوز استئنافه أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية ، جاز لذى الشأن من الشركاء أن يستأنف حكم القاضى الجزئى أمام المحكمة الابتدائية • ولا ترجع المحكمة الجزئية الى متابعة أعمال القسمة الا بعد أن تصدر أحكام نهائية فى جميع هذه المنازعات •

= التقنين المدنى العراقى : لا مقابل .
قانون الموجبات والعقود اللبنانى : لا مقابل
التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل :
التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل .

بقيت المنازعات الأخرى التى لا تتعلق بتكوين الحصص • ومن أمثلة هذه المنازعات أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء ، كأن يدعى أحد الشركاء أن شريكا آخر داخلا فى دعوى القسمه لا يملك شيئا فى المال الشائع ويجب استبعاده من دعوى القسمة • ومن أمثلة هذه المنازعات أيضا تعيين حصة الشريك فى المال الشائع ، كأن ينازع أحد الشركاء شريكا آخر فى مقدار حصته ، فيدعى مثلا أنها الربع بدلا من الثلث • وقد تثور منازعات تتعلق بتصرف الشريك فى حصته ، فيدعى أحد الشركاء مثلا أن شريكا آخر قد تصرف فى حصته لأجنبى فلا يحق له الدخول فى القسمة• كل هذه المنازعات التى لا تتعلق بتكوين الحصص ، بعضها يكون بحسب قواعد الاختصاص من اختصاص المحكمة الجزئية التى تنظر دعوى القسمة ، وبعضها يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية لأن قيمتها تجاوز نصاب القاضى الجزئى • فاذا أثار شريك أمام المحكمة الجزئية منازعة من هذه المنازعات وكانت هذه المنازعة من اختصاص القاضى الجزئى ، فصلت المحكمة الجزئية فيها (١) ، واذا كان الحكم قابلا للاستئناف استأنفه ذو الشأن من الشركاء أمام المحكمة الابتدائية • واذا كانت المنازعة التى أثارها الشريك هى من اختصاص المحكمة الابتدائية ، كان على المحكمة الجزئية أن توقف دعوى القسمة ، وأن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية (٢) ، مع تحديد الجلسة التى يحضرون فيها أمام المحكمة ،

---

(١) استئنف مصر ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٨٠ ص ٢٠٦ •

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع الذى أثير فى الدعوى أمام محكمة القسمة يدور حول طبيعة الشيوع فى السلم المشترك ، وما اذا كان هذا الشيوع عاديا أو اجباريا ، وحول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هذا السلم ، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص ، ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضى المواد الجزئية نوعيا اذ كانت قيمة السلم المتنازع عليه — كما قررها الخبير المنتدب فى دعوى القسمة وباتفاق الطرفين — تجاوز نصاب تلك المحكمة ، مما كان يتعين معه أن تحيل هذا النزاع الى المحكمة الابتدائية للفصل فيه عملا بالفقرة الثانية من المادة ٨٣٨ مدنى. واذ هى لم تفعل، فانها تكون قد جاوزت اختصاصها

مستعينة فى ذلك بالبيانات التى تحصل عليها من قلم كتاب المحكمة الابتدائية (١) . وتبقى دعوى القسمة موقوفة امام المحكمة الجزئية الى أن تفصل المحكمة الابتدائية ، ومن بعدها محكمة الاستئناف حتى يكون الفصل نهائيا ، فى المنازعات التى آحالتها المحكمة الجزئية ، أو الى أن تفصل المحكمة الابتدائية نهائيا فى الاستئناف الذى رفع اليها من الحكم الصادر من المحكمه الجزئية فى المنازعات التى تختص هذه المحكمة بالفصل فيها على ما قدمنا (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة ٨٣٨ من القانون المدنى يدل على ان المشرع جعل الاختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمه الجزئيه أيا كانت قيمه الاموال الشائعة التى يراد اقتسامها . فاذا أثيرت منازعات لا تتعلق باجراءات القسمة ، انما باصل ملكية الشريك او بمقدار حصته الشائعة . فان الفصل فيها يكون للمحكمه المختصه وفقا للقواعد العامة . فاذا كانت من اختصاص المحكمة الجزئيـة تولت هذه المحكمه الفصل فيها : واذا تجاوزت المنازعة اختصاص المحكمة المذكورة فعليها

= وخالفت القانون (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٦ ص ١٠٤) .

(١) ويشترط فى ذلك أن تتحقق محكمة القسمة من أن المنازعة جدية (نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة احكام النقض ٦ رقم ٢٠٩ ص ١٥٢٧ — ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٥ ص ٦٢٢) . وتقدير جدية المنازعة فى الملك الثابت فى دعوى القسمة هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية التى لا رقابة فيها لمحكمة النقض ، ما دامت تقيم قضاءها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائغة (نقض مدنى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما جزء ٢ ص ٨٨٣ — ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

والتمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى الملكية هو من شأن الخصم الذى نازع فى هذه الملكية ، ولا صفة لغيره من الخصوم فى التحدى به (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٦٢٢) .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .

أن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية المختصـــة ، وان تحـــدد لهم الجلسة التي يحضرونها فيها وتوقف دعوى القسمة الى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات (١) .

٥٦١ — المرحلة الثالثة — الحكم باعطاء كل شريك نصيبه المفرز — نص قانونى :

تنص المادة ٨٣٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — متى انتهى الفصل فى المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب ، أصـــدرت المحكمـــة الجزئية حكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل اليه » .

« ٢ — فان كانت الحصـــص لم تعين بطريقة التجنيب ، تجـــرى القسمة بطريق الاقتراع ، وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها . وتصـــدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز » (٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٥٥/٥٥٣ (٣).

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٩٣ — وفى التقنين المدنى الليبى لا مقابل — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الموجبات والعقـــود اللبنـــانى

---

(١) نقض مدنى فى ١٥ يونية سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ رقم ٢٥٨ صفحة ١٣٥٨ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليـــه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٠ فى المشروع النهـــائى . ووافق عليـــه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٢ — ص ١١٣) .

(٣) **التقنين المدنى السابق** م ٤٥٥/٥٥٣ : تحصـــل القســـمة بطريق القرعة أمام القاضى المعين للمواد الجزئية ، ويحرر بها محضر . (والنص موافق لأحكام التقنين المدنى الجديد ، ولكنه لم يذكر القسمة بطريق التجنيب، فكان القضاء يجرى على أن هذه القسمة لا تكون الا باتفاق الشركاء جميعا : انظر آنفا فقرة ٥٥٩ ص ٩٢٢ هامش ٥) .

لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٣٥ — وفى التقنين المدنى الأردنى لا مقابل (١) •

ويتبين من هذا النص أنه عندما يفصل نهائيا فى المنـازعات التى أثيرت فيما بين الشركاء ، سواء ما كان من هذه المنازعات من اختصاص المحكمة الجزئية أو ما كان منها من اختصاص المحكمة الابتدائية ، ننتقل بعد ذلك الى المرحلة الثالثة من مراحل القسـمة • فيعود الشركاء الى المحكمة الجزئية ، بناء على طلب من يريد التعجيل منهم ، ويحركـون دعوى القسمة بعد أن كانت المحكمة الجزئية قد وقفتها حتى يفصـل نهائيا فى المنازعات •

وفى هذه المرحلة يكون قد بت نهائيا فى المنازعات ما بين الشركاء ، وأصبح حق كل شريك فى المال المراد قسمته مبتوتا فيه خاليا من النزاع • ويجب هنا التمييز بين فرضين : اما أن يكون نصيب كل شريك قد عين بطريق التجنيب ، أو أن يكون المال المراد قسمته قد قسم الى حصص •

ففى الفرض الأول ، وقد تعين نصيب كل شريك مفرزا فى المـال الشائع بطريق التجنيب ، لا يبقى أمام المحكمة الجزئية الا أن تصـدر حكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل اليه • وقد يلتزم أحد

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٩٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى يحيل الى تقنين المرافعات .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (وتنص المادة ١٠٧٤ من هذا التقنين على أنه اذا كان المشاع أعيانا منقولة متعددة وكانت متحدة الجنس ، يزال الشيوع فيها بقسمتها قسمة جمع) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٣٥ : بعد الانتهاء من الفصـل فى المنازعات المتعلقة بتكوين الأنصبة والمنازعات الأخرى ، فان كانت الأنصبة قد كونت بطريق التجنيب أصدرت المحكمة حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، وان كانت قد كونت على أساس أصغر حصة تجرى القسـمة بالاقتراع وتثبت المحكمة ذلك فى المحضر وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز .

(والتقنين الكويتى يتفق فى أحكامه مع التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل .

الشركاء بدفع معدل الى شريك آخر أو أكثر على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) •

وفى الفرض الثانى ، والمال المراد قسمته قد قسم الى حصص ، يجب توزيع هذه الحصص بين الشركاء كل بقدر نصيبه • ولما كانت الحصص بالذات التى تقع فى نصيب كل شريك غير معروفة ، فقد لجأ القانون الى طريق الاقتراع لتعيين هذه الحصص ، حتى يطمئن الشركاء الى أن فرصهم متساوية • ومن ثم تجرى المحكمة القرعة بين الشركاء ، فاذا كانت الحصص مثلا سبعا ، وكان الشركاء ثلاثة لواحد منهم حصة واحدة وللثانى حصتان وللثالث أربع حصص ، وضعت فى القرعة سبعة أوراق مرقمة من الواحد الى السبعة ، ورقمت الحصص على هذا الوجه كذلك • وسحب الشريك الأول ورقة واحدة ، والشريك الثانى ورقتين ، والشريك الثالث أربع ورقات ، فيأخذ كل شريك الحصة أو الحصص التى أوقعت القرعة رقمها فى نصيبه • وقد لا يحصل الشريك ذو الحصص المتعددة الا على حصص متباعدة بعضها عن بعض ، ولكن هذا هو شأن القرعة • ولا مفر من هذه النتيجة ، الا اذا اتفق الشركاء فيما بينهم بعد اجراء القرعة على تقريب حصص كل واحد منهم • وقد يقع فى نصيب أحد الشركاء حصة أو أكثر تكون مدينة بمعدل لحصة أخرى أو حصص وقعت فى نصيب شريك آخر ، على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (٢) • وتثبت المحكمة الجزئية كل ذلك فى محضرها ، ثم تصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز ، أى الحصة أو الحصص المفرزة التى أوقعتها القرعة فى نصيبه (٣) •

ونرى من ذلك أن دعوى القسمة ، فى مرحلتها الثالثة ، تنتهى دائما الى حكم بالقسمة يعين النصيب المفرز الذى آل الى كل شريك • وحكم

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٥٥ •

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٥٩ •

(٣) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ •

القسمة هذا يختتم دعوى القســمة ، اذا لم يكن بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له ولى شرعى . أما اذا وجد بين الشركاء أحد من هؤلاء ، فلابد من المضى بالقسمة الى مرحلتها الرابعة والأخيرة ، وهى مرحلة التصديق على حكم القسمة .

٥٦٢ — المرحلة الرابعة — التصديق على حكم القسمة فى حالات خاصة — نص قانونى :

تنص المادة ٨٤٠ مدنى على ما يأتى :

« اذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتــوافر فيــه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون (١) » .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٥٢/٤٥٦ (٢).

ويقابله فى التقنينات المدنية العربيــة الأخرى : فى التقنين المدنى

---

(١) **تاريخ النص :**
ورد هــذا النص فى المــادة ١٣٠٨ من المشروع التمهيــدى على الوجه الآتى : « اذا كان بين الشركاء غائب ، أو كان بينهم شــخص لم تتوافر فيه الأهلية ، ولم يكن له ولى شرعى ، وجب تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا » . ووافقت عليه لجنة المراجعــة ، تحت رقم ٩١١ فى المشروع النهائى ، بعد حذف عبــارة « ولم يكن له ولى شرعى » لتعميم حكم النص . وفى اللجنــة التشريعيــة لمجلس النواب عدل النص على الوجه الآتى : « اذا كان بين الشركاء مفقود أو غائب ، أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون » ، وقالت اللجنة فى تقريرها انها عدلت النص تعديلا يتسق مع مشروع قانون المحاكم الحسبية الذى وافق عليه مجلس النواب ، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٠٩ . وفى لجنــة مجلس الشــيوخ حذفت كلمتا « مفقود أو » اللتان اضافهما مجلس النواب ، لأن قانون المحاكم الحسبية يسوى بين الغــائب والمفقود فى الحكم ، واصبح رقم النص ٨٤٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ بهذا التعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٣ — ص ١١٥) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٥٥٢/٤٥٦ : اذا كان أحد الشركاء قاصرا أو غير أهل للتصرف ، أو غائبا ، وجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال الى حصص .

السورى المادة ٧٩٤ — وفى التقنين المدنى الليبى لا مقابل — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الأردنى لا مقابل (١) .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « وحكم القسمة هذا هو الذى تصدق عليه المحكمة الابتدائية اذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ولم يكن له ولى شرعى . أما فى التقنين الحالى (السابق) فالمحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأموال الى حصص ، وقد رؤى أن الأولى أن يكون التصديق على حكم القسمة نفسه » (٢) . ويتبين من ذلك فى وضوح أن المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى الجديد قد قصدت مخالفة المادة ٤٥٦/٥٥٢ من التقنين المدنى السابق ، اذ أن هذا النص الأخير يقضى بتصديق المحكمة على قسمة الأموال الى حصص، أما نص التقنين المدنى الجديد فيقضى بتصديق المحكمة على حكم القسمة نفسه بعد أن يجتاز جميع مراحله ويصبح فى المرحلة النهائية ، أى بعد أن يجتاز مرحلة تكوين الحصص ومرحلة الفصل فى المنازعات ومرحلة اجراء القرعة أو التجنيب ، ويصبح حكم القسمة فى المرحلة النهائية كما سبق القول ، أى حكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل اليه . وقد كانت اللجنة التشريعية لمجلس النواب ، عند نظر مشروع نص المادة

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٩٤ : اذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وجب على قاضى الصلح أن يطلب من المحكمة ذات الاختصاص تعيين من يمثلها فى دعوى القسمة ، وذلك طبقا لما يقرره القانون .

التقنين المدنى الليبى يحيل على تقنين المرافعات .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل .

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .

٨٤٠ سالفة الذكر ، قد عدلته الى ما استقر عليه ، وقالت فى تقريرها انها عدلته تعديلا يتسق مع مشروع قانون المحاكم الحسبية الذى وافق عليه مجلس النواب (١) .

ولما صدر قانون الولاية على المال فى سنة ١٩٥٢ ، أى بعد العمل بالتقنين المدنى الجديد ، وكان المفروض أن يساير هذا القانون التقنين المدنى وتتسق الأحكام فى كل منهما ، وقع عدم اتساق يستوقف النظر . ذلك أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، فى الفقرات الثانية والرابعة والخامسة منها ، نصت على ما يأتى : « وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال الى حصص . ولهذه المحكمة ، عند الاقتضاء ، أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك . واذا رفضت التصديق ، تعين عليها أن تقسم الأموال الى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص » . ولا شك فى أن هذا النص صريح فى أن الذى تصدق عليه المحكمة ، ليس هو الحكم بالقسمة وهو فى مرحلته النهائية كما نصت على ذلك صراحة المادة ٨٤٠ مدنى ، بل هو قسمة الأموال الى حصص أى القسمة فى مراحلها الأولى . ويكون قانون الولاية على المال قد عدل بذلك عن مسايرة المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى الجديد ، الى مسايرة المادة ٤٥٦/٥٥٢ من التقنين المدنى السابق . والغريب بعد ذلك أن تقول المذكرة الايضاحية لقانون الولاية على المال : « وتضيف المادة ذاتها (م ٤٠ من قانون الولاية على المال) .. أنه فى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال الى حصص ، وأن لهذه المحكمة أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لهذا الغرض عند الاقتضاء . واذا رفضت المحكمة التصديق ، تعين عليها أن تقسم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٤ — وانظر أيضا نفس الفقرة فى ص ٩٢٦ هامش ٣ .

الأموال الى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . وبديهى أن الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية فى تكوين الحصص يقوم مقام التصديق المتقدم ذكره . وقد فصلت الاحكام المتقدم ذكرها اعمالا للاحاله المشار اليها فى المادة ٨٤٠ من القانون المدنى ، وهى التى تقضى بأنه اذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على القسمة بعد أن يصبح الحكم نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون » . فهذا التعارض بين ما تنص عليه المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال وما تنص عليه المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى ، وهذا القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال انما تعمل الاحالة المشار اليها فى المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى ، مما يدعو الى الحيرة . وكان الواجب أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال ، اذا أرادت حقا اعمال الاحالة على المادة ٨٤٠ من التقنين المدنى ، أن تقضى بأن الذى تصدق عليه المحكمة هو حكم القسمة لا قسمة الأموال الى حصص .

والآن بعد أن وقع عدم الاتساق هذا ، والى أن تعدل المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال تعديلا يجعلها تتسق مع المادة ٨٤٠ مدنى ، لا مناص من القول بأن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال نسخت ما تقدمها من نصوص تتعارض معها ومنها المادة ٨٤٠ مدنى (١) .

وعلى ذلك يجب القول انه فى حالة تقسيم المال الى حصص ، اذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له أب (٢) ، يتعين أن تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة

---

(١) اذ تنص المادة ٢ من قانون اصدار قانون الولاية على المال على أن « يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة فى النصوص المرافقة لهذا القانون » .

(٢) أما اذا كان وليه الشرعى هو الجد ، فقد قدمنا ان الجد لا يملك وحده قسمة مال محجوره ، بل لابد من استئذان محكمة الولاية على المال (انظر آنفا فقرة ٥٤٩ فى الهامش) . ومن ثم يدخل القاصر ، اذا كان وليه =

القسمة ، لا على الحكم بالقسمة فى مرحلته النهائية ، بل على قسمة المال الى حصص • وللمحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الشركاء ومعهم النائب عن المحجور لسماع أقوالهم ، ولها أن ترفض ما أقرته المحكمة الجزئية (محكمة القسمة) من قسمة المال الى حصص ، وأن تعين أسسا أخرى تراها أصلح لقسمة المال الى حصص • واذا قامت منازعة فى شأن تكوين الحصص ، وفصلت فيها المحكمة الجزئية ، واستؤنف حكمها أمام المحكمة الابتدائية (١) • (أى نفس المحكمة التى تصدق على قسمة المال الى حصص) ، فمن البديهى أن حكم المحكمة الابتدائية الصادر فى هذا الاستئناف يقوم مقام التصديق على قسمة المال الى حصص ، اذ تكون المحكمة بوصفها محكمة استئنافية قد نظرت نفس المسألة التى كانت تنظرها بوصفها محكمة التصديق (٢) •

هذا اذا جرت القسمة عن طريق قسمة المال الى حصص • أما اذا جرت عن طريق التجنيب حيث لا يقسم المال الى حصص ، فلا مجال لتطبيق المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال اذ أن هذه المادة مقصورة على قسمة المال الى حصص • فهل يمكن تطبيق المادة ٨٤٠ مدنى ، والقول بأن المحكمة الابتدائية تصدق ، فى حالة القسمة عن طريق التجنيب ، على حكم القسمة نفسه ؟ الظاهر أن المادة ٨٤٠ مدنى ، عندما أوجبت تصديق المحكمة ، أحالت على قانون خاص ينظم هذا التصديق اذ تقول : « وذلك وفقا لما يقرره القانون » • فاذا توخينا الدقة ، وجب الرجوع فى ذلك الى قانون الولاية على المال وهو القانون الذى ينظم تصديق المحكمة • ولما كانت المادة ٤٠ من هذا القانون تتكلم عن التصديق على قسمة المال الى حصص ، جاز القول بأن ما يقابل قسمة

= الشرعى هو الجد لا الأب ، فى حكم القاصر الذى ليس له ولى بل له وصى ، ومن ثم يجب التصديق على قسمة ماله •

(١) أنظر آنفا فقرة ٥٦٠ •

(٢) أنظر فى ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٢٨ — حسن كيرة فقرة ١٤٤ ص ٤٨٨ — وقارن اسماعيل غانم فقرة ٩٦ ص ٢٢٣ هامش ١ •

المال الى حصص فى القسمة بالاقتراع هو تجنيب أنصبة الشركاء فى قسمة التجنيب ، فيجب التصديق على تجنيب أنصبة الشركاء قياسا على التصديق على قسمة المال الى حصص . ولما كان تجنيب أنصبة الشركاء يختلط من الناحية العملية بحكم القسمة ، ولا يفصل بينهما الاقتراع كما هو الأمر فى قسمة المال الى حصص ، فانه يصح القول ، من الناحية العملية دائما ، انه فى حالة القسمة عن طريق التجنيب تصدق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب انصبة الشركاء (١) .

المطلب الثالث

تدخل الدائنين فى القسمة حماية لصالحهم

٥٦٢ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٤٢ مدنى على ما ياتى :

« ١ — لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا ، او أن يباع المال بالمزاد ، بغير تدخلهم . وتوجه المعارضه الى كل الشركاء . ويترتب عليها الزامهم ان يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمه » .

---

(١) انظر حسن كيرة فقرة ١٤٤ ص ٤٨٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأن القرارات النهائية للجان القسمة المشكلة وفقا للقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ تعتبر بمثابة احكام مقررة للقسمة بين اصحاب الشأن وفقا للمادة ١٢ من القانون السالف الذكر ، فان هذه القرارات النهائية الصادرة من لجان القسمة — وفى حدود اختصاصها تكون لها قوة الأمر المقضى بما لا يجوز معه للخصوم العودة الى مناقشة ما فصلت فيه فى اى دعوى تالية ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها أمام اللجنة ويحوز القرار فى هذا الخصوص حجية تعصمه من محاولات النيل منه (نقض مدني فى ٢٦ ابريل سنة ١٩٨٣ مجموعة احكام النقض السنة ٣٤ رقم ٢١٠ صفحة ١٠٥١) .

« ٢ — أما اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش » (١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٥٧/٤٦٠ — ٥٥٩ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٩٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٤٦ — وفى

---

(١) **تاريخ النص :**
ورد هذا النص فى المادة ١٢١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان خاليا فى آخر الفقرة الأولى من عبارة « ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩١٣ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب اضيفت الى آخر الفقرة الأولى عبارة « ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم فى الاجراءات » ، وذلك « حفظا لحقوق الدائنين المسجلين حتى لا تتم قسمة المال الشائع فى غيبتهم » ، وأصبح رقم المادة ٩١١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ سئل عن المراد بالدائنين ، فأجيب بأنهم الدائنون المقيدة حقوقهم قبل القسمة ، فأضيفت عبارة « قبل رفع دعوى القسمة » بعد حذف عبارة « فى الاجراءات » فى آخر الفقرة الأولى . « وقد أريد بذلك — كما ورد فى تقرير اللجنة — قصر التزام الشركاء فى ادخال الدائنين المقيدين على من قيدت حقوقهم قبل رفع الدعوى حيث تمكن معرفتهم عند ذلك ، ولتفادى تعرض اجراءات القسمة للبطلان اذا لم يدخل الشركاء دائنين مقيدين مع أن ديونهم لم تقيد الا خلال الاجراءات أو عندما تشرف على النهائية . ومع ذلك فلا ضرر على هؤلاء الدائنين من هذا النص ، لأن لهم الحق دائما فى التدخل فى الاجراءات من تلقاء أنفسهم » . ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل ، وأصبح رقمه ٨٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١١٨ — ص ١٢٢) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٥٥٧/٤٦٠ — ٥٥٩ : يجوز لأرباب الديون الشخصية التى على أحد الشركاء أن يعارضوا فى اجراء القسمة عينا وفى بيع المال بغير دخولهم فى ذلك . ويكون اجراء المعارضة المذكورة بين أيدى الشركاء الآخرين ، ويترتب على حصولها ملزومية هؤلاء الشركاء بأن يطلبوا حضور الدائنين المعارضين فى كافة الاجراءات المتعلقة بالقسمة أو بالبيع ، والا كان العمل لاغيا .

(ويتفق حكم التقنين السابق مع حكم التقنين الجديد ، فيما عدا أن التقنين السابق كان لا يلزم ادخال الدائنين المقيدين قبل القسمة الا اذا عارضوا) .

التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٧١/٣ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المواد ٩٤٢/١ و٩٤٣ — ٩٤٥ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٣٧ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادتين ١٠٤٥ و ١٠٤٦ (١) .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٧٩٦ : ١ — لدائنى كل شريك ان يعارضوا فى القسمة عينا أو فى بيع المال بالمزاد العلنى بغير تدخلهم . وتكون المعارضة فى حالة القسمة القضائية بتدخل الدائنين فى المحكمة او امام دائرة التنفيذ ، وفى حالة القسمة الرضائية بانذار رسمى يبلغ الى جميع الشركاء . ويترتب على الشركاء أن يدعوا من عارض من الدائنين الى جميع الاجــــراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال ادخال الدائنين المسجلة حقوقهم فى السجل العقارى قبل رفع دعوى القسمة . ٢ — أما اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها ان يطعنوا الا فى حالة الغش .

(وأحكام النص السورى تتفق فى مجموعها مع أحكام النص المصرى ، ويصرح النص السورى بأنه يشمل القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٤٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧١/٣ : لــدائنى كــل شريك ان يطعنوا بالقسمة ، اذا كان فيها غش اضر بمصلحتهم . (ولم يورد التقنين العراقى نص التقنين المصرى . وانما اورد حكما هو مجرد تطبيق للقواعد العامة) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٣ : يحق لدائنى الشركة او لدائنى أحد الشركاء المتقاسمين المصاب باعسار أن يعارضوا فى اجراء القسمة أو بيع المال المشترك بالمزاد فى غيابهم . ويمكنهم التدخل على نفقتهم . ويحق لهم أيضا طلب ابطال القسمة اذا كانت قد أجريت بالرغم من اعتراضهم .

م ٩٤٤ : للشركاء المتقاسمين أو لأحدهم أن يوقفوا دعوى أبطال القسمة بايفاء الدائن أو بايداع المبلغ الذى يدعيه .

م ٩٤٥ : ان الدائنين ارسلت اليهم الدعوة حسب الأصــــول ، ولم يحضروا الا بعد الفراغ من القسمة ، لا يحق لهم أن يطالبوا بأبطالها . على انه اذا لم يترك مبلغ كاف لايفاء ديونهم ، حق لهم أن يستوفوا حقوقهم من الملك المشترك اذا كان قد بقى منه جزء لم تجرى عليه القسمة ، والا جاز لهم مداعاة الشركاء المتقاسمين على القدر المعين بمقتضى نوع الشركة ، سواء أكانت شركة عقد أم شركة ملك — وانظر أيضا ٩٤٢/١ معدلة وتوجب ادخــــال اصحاب الحقوق العينية المقيدة حقوقهم فى السجل العقارى قبل رفــــع الدعوى .

(وأحكام القانون اللبنانى متفقة فى مجموعها مع احكام القانون المصرى، والقانون اللبنانى يريد بعبارة « ابطال القسمة » (م ٩٤٤) جعلها غير نافذة فى حق الدائنون — انظر حسن كيرة فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون=

ونقول بادىء ذى بدء ان النص سالف الذكر يوحى بأن تدخل الدائنين فى القسمة حماية لمصالحهم انما هو مقصور على القسمة القضائيه . دون القسمة الاتفاقية . صحيح أن المشروع التمهيدى للنص لايفرق بين القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية فيجوز ان ينطبق على هذين النوعين من القسمة ، اذ أن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى، وهى التى تصرح بدعوى القسمة ، لم تكن موجودة . ومع ذلك يفهم من المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لهذا النص قصر تدخل الدائنين على القسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية ، اذ ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : « أما اذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين ، أو كانت

= المدنى اللبنانى المقارن مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٦٥ ص ٢١٤ — ص ٢١٥) .

التقنين المدنى الكويتى م٨٣٧ : — يجب على الشركاء سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية ان يدخلوا الدائنين المشهرة حقوقهم قبل رفع الدعوى أو قبل ابرام القسمة الاتفاقية ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ٢ — ولدائنى كل شريك ان يعارضوا فى أن تتم القسمة القضائية فى غيبتهم ، وتكون المعارضة بانذار رسمى يوجه الى جميع الشركاء . ويجب على الشركاء ادخال من عارض من الدائنين فى الدعوى والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم .

(احكام التقنين الكويتى تتفق مع احكام الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ من التقنين المصرى مع شموله للقسمة القضائية ، اما الفقرة الثانية فلم ترد بالتقنين الكويتى وهى الخاصة بعدم جواز طعن الدائنين الذين لم يتدخلوا فى دعوى القسمة على الحكم الصادر فيما الا فى حالة الغش وان كان ليس ثمة ما يمنع من الاخذ بها) .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٤٥ : ١ — لدائنى كل شريك الاعتراض على القسمة — رضائية كانت او قضائية — وذلك بانذار يبلغ الى جميع الشركاء اذا كانت رضائية او بالتدخل أمام المحكمة اذا كانت قضائية . ٢ — ولا تنفذ القسمة فى حق الدائنين اذا لم يدخلهم الشركاء فى جميع الاجراءات . ٣ — فاذا تمت القسمة فليس للدائن الذى لم يتدخل أن يطعن عليها الا فى حالة الغش .

(وهذا النص يتفق فى حكمه مع احكام التقنين المدنى المصرى) .

م ١٠٤٦ : اذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة تفسخ القسمة الا اذا أدى الورثة الدين أو ابراهم الدائنون منه أو ترك الميت مالا آخر غير المقسوم وسدد منه لدين .

(هذا النص تطبيق للقاعدة الشرعية بألا تركة الا بعد سداد الدين ، ولم ترد بالتقنين المصري) .

القسمة عقدا • فليس للدائنين أن يطعنوا فى القسمة الا بطريق الغش فى الحالة الاولى ، او بطريق الدعوى البولصية فى الحالة الثانيه » (١) • ولكن ما ورد فى المذكرة الايضاحيه فى هذا الشان ليس من شانه ان يقيد من اطلاق النص • وقد اضيفت فى لجنة الشـــؤون التشريعيه لمجلس النواب ، الى آخر الفقرة الأولى ، العبارة الآتية : « ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم فى الاجراءات» • والعبارة على هذا النحو يمكن ان تنطبق على القسمه الاتفاقيه انطباقها على القسمه القضائية ، فبقى النص غير متمحض للقسمه القضائيه • ولكن وقع بعد ذلك فى لجنة مجلس الشيوخ أن عدلت — بطريقة عارضة — العبارة المضافة فأصبحت: « ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » ، وكاد النص بهذا التعديل يتمحض للقسمه القضائيه (٢) • ولما كانت القسمة القضائية ليست أولى من القسمة الاتفاقية بتدخـــل الدائنين ، بل لعل القسمة الاتفاقية وهى خالية من ضمانات القســـمة القضائية أحوج الى هذا التدخل ، لذلك يحسن التوسع فى تفسير النص بما يجعله شاملا للقسمة القضائية وللقسمة الاتفاقية • ويـــدعى من الدائنين المقيدين ، فى القسمة الاتفايه ، الدائنون الميدون قبل ابرام هذه القسمة ، قياسا على دعوة الدائنين المقيدين قبل رفع دعوى القســـمة فى حالة القسمة القضائية (٣) • وليس فى مبادىء تفسير النصـــوص التشريعية ما يمنع من هذا التوسع ، مادامت حكمة تدخل الدائنين فى السمة القضائية متوافرة تماما ، بل هى أكثر توافرا فى القسة الاتفاقية كما قدمنا • هذا الى أن نص المادة ٨٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى ، وهو النص الذى استقى منه نص المادة ٨٤٢ من التقنين المدنى المصرى، لاخلاف فى انطباقه على كل من القسمة القضائية والقسمة الاتفاقية (٤)•

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٠ .
(٢) أنظر آنفا نفس الفقرة ص ٩٣٤ هامش ١ .
(٣) قارن اسماعيل غانم فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢ هامش ١ .
(٤) انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ١٠٠ ص ٢٣٢ — ص=

ونبحث فى صدد النص سالف الذكر ، متوسعا فى تفسيره على الوجه الذى قدمناه ، مسألتين :

١ — موقف الدائنين قبل اتمام القسمة .

٢ — موقف الدائنين بعد اتمام القسمة .

١ — موقف الدائنين قبل اتمام القسمة

٥٦٤ — مصالح الدائنين المراد حمايتها :

قصد بنص المادة ٨٤٢ مدنى حماية مصالح دائنى الشركاء عند قسمة المال الشائع ، سواء كانت القسمة قضائية أو اتفاقية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، وسواء كانت القسمة كلية أو جزئية ، قسمة عينية أو قسمة تصفية .

والدائنون هنا هم دائنو كل شريك . ويستوى أن يكون دائن الشريك دائنا شخصيا أو دائنا ذا حق مقيد . كما يستوى أن يكون الحق المقيد واقعا على المال الشائع المرد قسمته أو واقعا على غيره من أموال الشريك (١) .

فالدائن ، على هذا النحو ، يعنيه أن تتم القسمة دون اضرار بمصالحة . فيعنيه مثلا ألا يتعمد الشركاء ، حين يقتسمون المال ، أن يوقعوا فى نصيب مدينه أعيانا منقولة أو نقودا يسهل على المدين تهريبها من تنفيذ الدائن عليها . ويعنيه كذلك ألا يقع فى نصيب مدينه أموال

= ٢٣٣ — وانظر عكس ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٢٠ ص ٤٤٠ — محمدكامل مرسى ٢ فقرة ١٢٣ — عبد المنعم البداروى فقرة ١٥٨ ص ١٩٠ — حسن كيرة فقرة ١٣٩ ص ٤٧١ هامش ١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٤ ص ١٩٦ .

(١) ويجوز ان يكون حق الدائن مقترنا بأجل معلقا على شرط ، ولايعتبر دائنا من يدعى استحقاق المال الشائع ، وليست له مصلحة فى التدخل فى القسمة اذ هى غير نافذة فى حقه اذا اثبت استحقاقه (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٦٢) .

قيمتها أقل من القيمة الحقيقية لحصته ، فيقل بذلك ضمان الدائن • ويعنيه أيضا ، اذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع أو كان المال الشائع ذاته لا يقبل القسمة فيتعين بيعه وهذه هي قسمة التصفية ، ألا يقصر البيع على الشركاء فلا يدخل فيه أجنبي ، فان دخول أجنبي في البيـع أدعى لارتفاع الثمن الذي يرسو به المزاد ، فينتفع الدائن بذلك • ويعنيه بوجه خاص ألا يتعمد الشركاء ايقاع الجزء المفرز من المـال الشائع المرهون للدائن في نصيب شريك آخر غير الشريك الراهن ، فيجد الدائن بذلك حق الرهن الذي له قد تحول من المال الذي قصد ارتهانه الى مال آخر لم يكن له في حساب • هذه جملة من المصالح لدائن الشريك ، هي وأمثالها تدفعه الى التدخل في القســمة حتى يراقب اجراءاتها ، فيمنع تواطؤ الشركاء على الاضرار بمصلحته ، أو تقصير مدينه في دفع الغبن عن نفسه فيلحقه الغبن هو أيضا تبعا لذلك •

٥٦٥ — للدائن حق المعارضة وحق التدخل :

اذا عرف الدائن أن لمدينه حصة في مال شائع ، وأراد أن يصطنع الحيطة في أمره • فعليه أن يرسل لمدينه ولسائر شركاء هذا المدين في الشيوع معارضة في أن تتم قسمة هذا المال الشائع ، سواء عن طريق القسمة العينية أو عن طريق التصفية ، بغير تدخله • ولم يشترط القانون شكلا خاصا لهذه المعارضة ، والأفضل أن تكون انذارا على يد محضر • ولكن يصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن تكـــون شفويا ولكن الدائن يحمل عبء الاثبات (١) • والمهم أن توجه المعارضة

---

(١) وتعتبر معارضة كافية أن يحصل من مدينه أو من أي شريك آخر على وعد بألا تجرى قسمة المال الشائع بدون تدخل الدائن ، بشرط أن يعلن الدائن هذا الوعد الى جميع الشركاء (بودرى وفال في المواريث ٣ فقرة ٣٢١٤ ص ٥٥٦) • ولا يكفي في اعتبار المعارضة ، مجرد علم الشركاء بدائن شريكهم (السين ٢١ مارس سنة ١٨٨٢ جازيت دى باليه سنة (٨١ — ٨٢) ٢٠ — ١٣ • ولكن اذا تعهد المدينون الشركاء لدائنهم ، في عقد المديونية ، بأن يدعوه للتدخل في قسمة المال الشائع ، قام هذا التعهد مقام المعارضة بالنسبة الى هؤلاء الشركاء (الجزائر ٢٣ يناير سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣ — ٢ — ٢٨٤) •

الى جميع الشركاء فى المال الشائع ، ويدخل فيهم الشريك المدين (١) • وميعاد توجيه المعارضة على هذا النحو لم يحدده القانون ، فيصبح أن يكون بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصة فى مال شائع ، ويبقى حق الدائن فى المعارضة الى أن تتم قسمة هذا المال (٢) • والمعارضة عمل من الأعمال التحفظية . فيكفى ان تتوافر فى الدائن أهلية القيام بهذه الأعمال (١) •

ومتى وصلت المعارضة الى جميع الشركاء • تعين عليهم ، اذا هم عمدوا الى اقتسام المال الشائع ، ان يدخلوا الدائن المعارض فى جميع اجراءات القسمه ، سواء كانت القسمه قضائيه أو اتفاقيه وسواء كانت قسمة عينية أو قسمة تصفية ، كما سبق الول •

وهناك طائفة من الدائنين ، هم الدائنون المقيدة حقوقهم ، يجب على الشركاء ادخالهم فى اجراءات القسمة دون حاجة الى أن يوجه هؤلاء الدائنون معارضة الى الشركاء • فالدائن المرتهن رهنا رسميا أو رهنا حيازيا للمال الشائع ، والدائن الذى له حق اختصاص أو حق امتياز على المال الشائع ، اذا قيد هؤلاء حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة فى حالة القسمة القضائية ، أو قبل أبرام عقد القسمة فى حالة القسمة الاتفاقية، يكونون بهذا القيد معروفين من الشركاء ، فليسوا اذن فى حاجة الى أن يوجهوا الى الشركاء معارضة • ويتعين على الشركاء ، دون معارضة ، أن يدخلوا هؤلاء الدائنين فى اجراءات القسمة ، قضائية كانت أو اتفاقية•

---

(١) واذا وجهت المعارضة الى بعض الشركاء دون بعض ، لم يكن لها اثر بالنسبة الى الشركاء الذين وجهت اليهم المعارضة ، لأن القسمة لا تتجزأ (هيك ٥ فقرة ٣٠٠ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢١٦) •

(٢) ولا تعتبر القسمة قد تمت اذا صدر حكم بتعيين خبير ، أو ببيع المال الشائع ، أو بتكوين الحصص اذا لم يجر الاقتراع ، أو بصدور حكم القسمة اذا لم تكن المحكمة الابتدائية قد صدقت عليه فى الحالات التى يجب فيها ذلك (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٢٠) •

(٣) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٢٥ •

ويستوى مع هؤلاء الدائنين المقيدة حقوقهم شخص اشترى من شريك جزءا مفرزا من المال الشائع ، وسجل عقد البيع ، فهذا أيضا يصبح دائنا بالضمان ، ومن ثم يجب على الشركاء أدخاله فى اجراءات القسمة متى كان قد سجل عقده ، وليس فى حاجة الى توجيه معارضة الى جميع الشركاء.

وسواء صدرت معارضة من الدائن على الوجه الذى بسطناه أو لم تصدر ، وسواء كان للدائن حق مقيد أو لم يكن ، فانه بمجرد أن يباشر الشركاء قسمة المال الشائع يجوز للدائن ، اذا علم بذلك ، أن يتدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء فى اجراءات هذه القسمة . فاذا كانت القسمة اتفاقية ، جاز للدائن أن يتقدم الى الشركاء متدخلا فى القسمة ، طالبا مثلا أن يراقب أعمال الخبير الذى قد يكون الشركاء عينوه لاجراء القسمة،أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء الى أن يبرموا عقدالقسمة ، أو أن يتثبتفيما اذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمزاد من أنه حصل اعلان كاف عن البيع ومن أن اجراءات البيع سليمة، وما الى ذلك . أما اذا كانت القسمة قضائية ، فان سبيل الدائن الى التدخل فى اجراءاتها من تلقاء نفسه هو السبيل المقرر فى تقنين المرافعات. وقد نصت المادة ١/١٢٦ من هذا التقنين على أنه « يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضما لأحد الخصوم ، أو طالبا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى » . فلا توجد اجراءات خاصة لتدخل الدائن فى دعوى القسمة ، بل هى الاجراءات المقررة بوجه عام فى تقنين المرافعات. ومن ثم يكون تدخل الدائن فى دعوى القسمة بصحيفة تعلن للشركاء قبل يوم الجلسة ، أو بطلب يقدم شفاها فى الجلسة فى حضورهم ويثبت فى محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد اقفال باب المرافعة (م ٢/١٢٦ مرافعات). واذا تدخل الدائن فى دعوى القسمة ، فله أن يراقب جميع الاجراءات ليحترز من أن يتواطأ الشركاء على الاضرار بمصلحته ، أو أن يلحق الشريك المدين الغبن بنفسه عمدا أو تقصيرا ، وله أن يعترض فى حالة تقرير المحكمة بيع المال الشائع على أن يكون البيع مقصورا على الشركاء وحدهم خشية من تواطؤهم على ارساء المزاد على أحدهم بثمن

بخس ، وأن يطلب فتح باب المزايدة لأجانب من الشركاء حتى يصلوا بالثمن الى أعلى مقدار ممكن (١) •

٥٦٦ — الأثر الذى يترتب على معارضة الدائن أو على تدخله :

يترتب على معارضة الدائن أو على تدخله على النحو الذى بسطناه أن يصبح الدائن طرفا فى جميع اجراءات القسمة منذ معارضته أو منذ تدخله ، فلا تجوز مباشرة هذه الاجراءات الا فى مواجهته • ومن ثم لا تجوز مباشرة اجراءات بين المال الشائع فى المزاد ، ولا تعيين خبير لتكوين الحصص ، ولا الفصل فى المنازعات المتعلقة باجراءات القسمة ، ولا اجراء القرعة ، ولا تجنيب أنصبة الشركاء المفرزة ، ولا التصديق على حكم القسمة ، فى غير مواجهة الدائن (٢) •

ولكن لايجوز للدائن طلب بيع المال فى المزاد بدلا من قسمته عينا ، اذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر كبير يلحق قيمة المال الشائع ، كذلك لايجوز للدائن أن يطلب أن تكون القسمة قضائية ، اذا كان جميع الشركاء راضين بجعلها قسمة اتفاقية • ولا يجوز للدائن أن يمنع مدينه من التصرف فى حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها • فان المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة الشريك المدين غير قابلة للتصرف فيها ، مع احتفاظ الدائن بحقه فى الدعوى البوليصية •

ويتحمل الدائن وحده نفقات معارضته ونفقات تدخله •

٢ — موقف الدائنين بعد اتمام القسمة

٥٦٧ — فروض ثلاثة :

بعد اتمام القسمة يمكن تصور فروض ثلاثة :

(الفرض الأول) أن يكون الدائن قد تدخل فعلا فى اجراءات

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٣٣١ ص ٤٤١ •

(٢) استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١١ — ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١ •

القسمة ، سواء عقب معارضة وجهها الى الشركاء المتقاسمين فأدخله هؤلاء الشركاء فى هذه الاجراءات ، أو لأنه تدخل من تلقاء نفسه دون دعوة من الشركاء .

(الفرض الثانى) أن يكون الدائن لم يدع للتدخل فى اجراءات القسمة ، بالرغم من المعارضة التى وجهها الى الشركاء جميعا ، أو بالرغم من أن له حقا مقيدا .

(الفرض الثالث) أن يكون الدائن لم يتدخل فى اجراءات القسمة لأنه لم يعارض ، أو عارض (أو كان له حق مقيد) ودعى الى التدخل فلم يتدخل .

٥٦٨ — الفرض الأول — تدخل الدائن فعلا فى اجراءات القسمة:

مادام الدائن قد تدخل فعلا فى اجراءات القسمة ، بناء على معارضته أو بناء على تدخله من تلقاء نفسه ، فقد أعطى الفرصة الكافية لمراقبة اجراءات القسمة ،ولمنع تواطؤ الشركاء على الاضرار بمصلحته. فاذا تمت القسمة . فليس لهذا الدائن أن يعترض عليها ، ولايجوز له بوجه خاص أن يطعن فيها بالدعوى البوليصية ، فقد حل تدخله فى القسمة محل هذه الدعوى (١) .

٥٦٩ — الفرض الثانى — عدم ادخال الدائن فى اجراءات القسمة بالرغم من معارضته أو بالرغم من أن له حقا مقيدا :

أما اذا وجه الدائن معارضته الى جميع الشركاء أو كان له حق مقيد ، وبالرغم من ذلك لم يدع الى التدخل فى اجراءات القسمة ، ولم يتدخل هو من تلقاء نفسه ، فان الشركاء يكونون قد خالفوا القانون فى عدم دعوة الدائن الى التدخل فى اجراءات القسمة بعد أن وجه اليهم جميعا معارضة فى أن تتم القسمة دون تدخله ، أو بعد أن قيد حقه قبل رفع دعوى القسمة أو قبل ابرام عقد القسمة .

---

(١) ديمولومب ١٧ فقرة ٢٢٨ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٣٦ .

وجزاء ذلك هو ما تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ مدنى ، فيما رأينا ، من أن تكون « القسمة غير نافذة فى حقهم » أى فى حق الدائنين الذين عارضوا أو الذين لهم حقوق مقيدة ، فالقسمة اذن تكون غير نافذة فى حق هؤلاء الدائنين . وذلك دون حاجة الى أن يثبتوا تواطؤ الشركاء، بل ودون حاجة الى أن يثبتوا غش الشريك المدين . فمجرد عدم دعوتهم الى التدخل بعد أن عارضوا ، أو بعد أن قيدوا حقوقهم ، كاف لجعل القسمة غير نافذة فى حقهم ، ماداموا لم يتدخلوا فعلا فى القسمة . ولكن يجب مع ذلك على الدائن أن يثبت أن القسمة قد عادت عليه بالضرر . ويكفى لاثبات الضرر أن يثبت الدائن مثلا أن القسمة لم تضع فى نصيب الشريك المدين الا أموالا منقولة أو نقودا يسهل تهريبها ، أو جعلت هذا الشريك دائنا فى القسمة بمعدل الشريك معسرا ، أو جعلت نصيب هذا الشريك أقل من قيمة حصته الحقيقية ، أو لم توقع فى نصيب هــــذا الشريك المال الذى ارتهنه الدائن بل أوقعت هذا المال فى نصيب شريك آخر . أما اذا بيع المال الشائع فى المزاد واقتسم ثمنه ، فليس هنـــاك ضرر لحق الدائن اذا لم يثبت أن المال الشائع قد بيع بثمن أقل كثيرا من قيمته الحقيقية .

ومتى أثبت الدائن الضرر الذى لحقه من القسمة ، وأصبحت القسمة غير نافذة فى حقه ، عاد المال الى الشيوع بالنسبة الى هــــذا الدائن . ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد لتكون القسمة نافذة فى حق الدائن ، ويجوز أن يطلب القسمة أى شريك حتى الشريك المدين، كما يجوز أن يطلبها الدائن باسم هذا المدين .

ويجوز للدائن أن يقتصر ، بدلا من اعادة طلب القسمة ، عــلى مطالبة الشركاء جميعا متضامنين بتعويض الضرر الذى لحقه من القسمة، على أساس الخطأ الذى ارتكبه الشركاء فى عدم دعوة هذا الدائن الى التدخل . كما يجوز للشركاء أن يفوا للدائن حقه ، فلاتصبح له مصلحة فى الطعن فى القسمة ، ويرجع الشركاء الذين دفعوا الدين على شريكهم المـــدين .

واذا كان للشريك المدين وجه للطعن فى القسمة • كان يطعن فيها بالغبن أو بالغلط أو بالاكراه أو بالتدليس أو بغير ذلك من وجوه الطعن، جاز للدائن أن يستعمل حق مدينه فيطعن فى القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة (١) •

٥٧٠ — الفرض الثالث — عدم تدخل الدائن فى القسمة لأنه لم يعارض أو بالرغم من دعوته الى التدخل :

بقى الفرض الأخير ، وهو أن يكون الدائن لم يتدخل فى القسمة. اما لأنه لم يعارض ، أو عارض (أوكان له حق مقيد) ودعى الى التدخل فلم يتدخل بالرغم من دعوته الى ذلك ، وهذا الفرض هو الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ مدنى ، فيما رأينا ، اذ تقول : « أما اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش » •

وفى هذا الفرض يكون الدائن اما غير مقصر اذا هو لم يعلم بالقسمة فلم يعارض ، أو يكون مقصرا اذا هو دعى الى التدخل لمعارضته أو لأن حقه مقيد ومع ذلك لم يتدخل ، وفى جميع هذه الأحوال ، مقصرا كان الدائن أو غير مقصر ، اذا تمت القسمة دون ان يتدخل فى اجراءاتها ، فان الشركاء لا ذنب لهم فى ذلك • فالدائن لم يعارض ولم يكن حقه مقيدا ، ولذلك لا ذنب للشركاء اذا لم يدعوه للتدخل ، أو دعاه الشركاء الى التدخل لأنه عارض أو كان حقه مقيدا ، فلا ذنب لهم أيضا اذا كان هو لم يتدخل • ومن أجل ذلك تكون القسمة نافذة فى حق الدائن ، الا اذا طعن هذا فيها بالدعوى البوليصية ، فأثبت غش المدين وتواطؤ سائر الشركاء معه ، وفقا للقواعد المقررة فى هذه الدعوى (٢) •

واذا كانت القسمة قضائية ، وصدر حكم بالقسمة ، جاز للدائن

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٤٤ وفقرة ٣٢٥٦ .
(٢) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ٣٠٠ — ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١١١ .

أن يطعن فى هذا الحكم بطريق التماس اعادة النظر فى الحكم الصادر فيها، وتنص المادة ٨/٢٤١ مرافعات فى هذا الصدد على أنه « للخصوم ان يلتمسوا اعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية فى الاحوال الآتية : ٠٠٠٠٠(٨) لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط اثبات غش من كان يمثله أو تواطؤه أو اهماله الجسم » ٠ والمطلوب من الدائن فى الفرض الذى نحن بصدده أن يثبت تواطؤ الشريك المدين مع سائر الشركاء كما سبق القول ، أما فى التماس اعادة النظر فيكتفى من المدين أن يثبت غش المدين الشريك أو اهماله الجسيم ٠

ويختلف القانون الفرنسى عن القانون المصرى فى هذه المسألة ففى القانون الفرنسى لا يجوز فى الفرض الذى بصدده أن يطعن الدائن فى القسمة حتى بالدعوى البوليصية ، سواء كان الدائن مقصرا أو غير مقصر ، ما دام الشركاء أنفسهم لم يقصروا ٠ وقد أملى على القانون الفرنسى هذا الحكم حرصه على استقرار القسمة بعد تمامها ، فلا تعود عرضه للطعن فيها دون أن يكون هناك مبرر لذلك من تقصير الشركاء ٠ وقد أعطى القانون الفرنسى الدائن الفرصة فى منع الغش فى صورة وقائية ، بأن جعل له الحق فى التدخل فى القسمة قبل تمامها ، وذلك بدلا من اعطائه الحق فى الطعن فيها بعد تمامها بالدعوى البوليصية ٠ فمادام الدائن لم يتدخل ، ولو كان ذلك عن غير تقصير منه ما دام الشركاء أنفسهم لم يقصروا ، فليس له بعد ذلك أن يطعن فى القسمة ولو بالدعوى البوليصية ٠ ولكن يجوز ، حتى فى القانون الفرنسى ، الطعن فى القسمة بالصورية ، وكذلك الطعن فيها بالغش ، اذا عجل الشركاء بالقسمة تعجيلا غير مألوف ، وتعمدوا اخفاء ذلك عن الدائن اضرارا بمصالحه ٠ وفى جميع الأحوال التى يحق فيها للدائن الطعن فى القسمة ، يجوز له ، بدلا من الطعن فيها ، أن يرجع بالتعويض على الشركاء متضامنين لما ارتكبوه من خطأ (١)٠

---

(١) انظر فى القانون الفرنسى فى هذه المسألة بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٢٤٧ — فقرة ٣٢٥٤ ٠
=

المبحث الثـــانى

الآثار التى تترتب على القســمة

٥٧١ — بيان هذه الآثار :

أهم أثر يترتب على القسمة هو افراز حصة الشريك فى المـــــال الشائع ، وما يصاحب ذلك من أثر كاشف •

والأثر الثانى هو ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأى منهم من تعرض أو استحقاق فى نصيبه المفرز لسبب ســـابق عــلى القسمة •

وهذان الأثران هما اللذان نتولى بحثهما هنا ، تاركين آثارا أخرى ثانوية ، كالتزام المتقاسم بدفع المعدل والتزام الراسى عليه مزاد المــال الشائع بدفع الثمن الذى رسا به المزاد ، الى حكم القواعد العــامة ، فهذه القوعد هى التى تسرى فى هذا الصدد •

ويترتب على القسمة أيضا حتى امتياز المتقاسم • فللشركاء الذين اقتسموا منقولا حتى امتياز عليه ، تأمينا لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معــــدل (م ١١٤٦ مدنى) • وكذلك للشركاء الذين اقتسموا عقارا حتى امتياز عليه ، تأمينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين ، بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة (م ١١٤٩ مدنى) • ولكن حــق امتياز المتقاسم على المنقول وعلى العقار يدخل فى موضوع التأمينات العينية ، وسنتناوله بالبحث فى الجزء العاشر من الوسيط مع ســـائر التأمينات •

= وانظر فى قسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف اسماعيل غانم فقرة ١٠٥ — فقرة ١٠٨ .

وانظر فى قسمة الوقف محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٠ .

المطلب الأول

الافراز — الأثر الكاشف (*)

٥٧٢ — نص قانوني :

تنص المادة ٨٤٣ مدني على ما يأتي :

(*) مراجـــع :

Edouard du Card في الأثـــر الكاشـــــف للقســـمة في التقنـــين القديم والقانون الحالي سنة ١٨٩٥ — Wahl في تطورات القضاء فيما يتعلق بالأثر الكاشف للقســمة (كتاب العيد المئوى للتقنين المدنى الفرنسي، ١ ص ٤٤٣ وما بعدها) — Pilon في المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٣ ص ٩١٧ وما بعدها — Desserteaux في النظرية العامة للأثر الكاشـــف في القانون المدنى الفرنسي باريس سنة ١٩٠٨ — Giraud في تقسيم الحقوق في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٨ — Lebret في مصير الحقوق المترتبة عــلى الأموال الشائعة في المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٨ — Hebraud في المجلـــة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٨ — Morel في تصفية المشاركة بيــن الزوجين والتركة وقسمتها دروس لقسم الدكتوراه باريس سنة ١٩٤٩ — سنة ١٩٥٠ — حسن كيرة في تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع فصلة من مجلة كلية الحقوق العددين الثالث والرابع لعام سنة ١٩٦٢ — سنة ١٩٦٣ — منصور مصطفى منصور في تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره في مجلة العلوم القانونية والاقتصـــادية سنة ١٩٦٤ ص ٧٢ — ص ٢١٣ .

رسائل :

Ducdodon رســـالة من جوينويل ســـــنة ١٩٠٢ — Valentin رسالة من نانسى سنة ١٩٠٢ — Boudier رسالة من باريس ســـنة ١٩٠٣ — Lecat رســـالة من ليل سنة ١٩٠٥ — Le Bu رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — Boudet رســـالة من تولوز سنة ١٩٠٧ — Renou رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — Simon رسالة من باريس سنة ١٩١٠ — Paillard في الأثر الكاشـــف للقسمة في قانون الضرائب رســـالة من باريس سنة ١٩١٢ — Gallet دراسة في افتراض الرجعية في القانون الفـــرنسي، رسالة من بواتييه — Siesse رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — Quetel في الطبيعة الافتراضية للمادة ٨٨٣ من التقنين المدنى الفرنسي، رسالة من ليون سنة ١٩٢٣ — Leclerc دراسة ضرائبية للقسمة رسالة من باريس، سنة ١٩٣٠ — Vincent في تقسيم حقوق التركة وديونها بين الورثة رساله من باريس سنة ١٩٣٠ — Chevallier في الأثر الكاشف للاتفاقات والعقود رسالة من رن سنة ١٩٣٢ — Hauh في نقل الحقوق في التركة رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — Mouras رسالة من نانسى سنة ١٩٣٩ — Veréone =

« يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص » (١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى الوطنى السابق المادة ٤٥٧ ، وفى التقنين المدنى المختلط المادة ٥٥٥ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٩٧ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٤٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٧٥ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٩٤٦ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادتين ٨٣٨ و ٨٣٩ — وفى التقنين المدنى الاردنى المادة ١٠٤٧ (٣) .

رسالة من ليل سنة ١٩٤٦ — Boyer فى فكرة الصلح رسالة من تولوز سنة ١٩٤٧ — Merle فى النظرية العامة للتصرف الكاشف رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ — Deprez رسالة من رن سنة ١٩٥٣ .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٩١٢ ،فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٣ — ص ١٢٤) .

(٢) **التقنين المدنى الوطنى السابق م ٤٥٧** : وكل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب احد الشركاء تعتبر أنها كانت دائما ملكا له قبل القسمة وبعدها ، ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الأموال التى قسمت .

(وهذا النص يوافق نص التقنين المدنى الجديد) .

التقنين المدنى المختلط م٥٥٥ : قسمة المال عينا تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت فى نصيبه ، ويترتب عليها ما يترتب على البيع .

(وهذا النص يجعل للقسمة أثرا ناقلا لا أثرا كاشفا ، على خلاف التقنين المدنى الوطنى السابق والتقنين المدنى الجديد) . ومع ذلك فقد جرى القضاء المختلط على أن يجعل للقسمة اثرا كاشفا : استئناف مختلط ٤ ابريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٦ — ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٧ — ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٤ — ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٣٨ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٠ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤١) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٧٩٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م٨٤٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٥ : ترجح جهة الافراز على جهة =

ويتبين من هذا النص أن القسمة ، عندما تفرز نصيب كل شريك ، يكون لها أثر رجعي . ذلك أن الشريك يعتبر مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت أن تملك فى الشروع . فاذا كان قد تملك فى الشيوع بالميراث اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت موت المورث لا من وقت تمام القسمه . واذا كان قد تملك فى الشيوع بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمه . واذا كان قد تملك فى الشيوع باعتباره شريكا مال الشركه بعد حلها اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت حل الشركه لا من وقت تمام القسمة ، وهكذا (١) . وفى مقابل ذلك لا يعتبر الشريك انه قد تملك فى اى وقت مال اخر مفرز وقع فى نصيب اى شريك آخر . فلا يعتبر أنه قد تملك ولو حصه شائعة فى هذا النصيب المفرز الذى تملكه الشريك الاخر وهذه هى النظرية

= المبادلة فى القسمة ، فيعتبر كل متقاسم أنه كان دائما مالكا للحصة المفرزة التى الت اليه . وأنه لم يملك قط شيئا من باقى الحصص .

(وهذا النص يوافق نص التقنين المدنى الجديد) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٠٦ : يعد كل متقاسم كأنه مالك فى الأصل للاشياء التى خرجت فى نصيبه أو التى اشتراها بالمزاد عند بيع المال المشترك ، وكأنه لم يكن مالكا لسائر الأشياء .

(وهذا النص يوافق نص التقنين المدنى الجديد) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٣٨ : يعتبر المتقاسم مالكا وحده للنصيب المفرز الذى اختص به فى القسمة . وتكون ملكيته له خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء وما لم يكن الحق قد تقرر باجماع الشركاء أو بأغلبيتهم وفقا للقانون .

م ٨٣٩ : اذا كانت حصة الشريك ، قبل القسمة ، مثقلة بحق عينى ، ترتب على القسمة أن ينتقل هذا الحق نصيب الشريك المفرز أو جزءا مما وقع فى هذا النصيب يعادل قيمة الحصة التى كانت مثقلة بالحق . وتعين المحكمة هذا الجزء عند عدم اتفاق ذوى الشأن .

(وأحكام التقنين الكويتى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الاردنى م ١٠٤٧ : يعتبر المتقاسم مالكا على وجه الاستقلال لنصيبه الذى آل اليه بعد القسمة .

(وتختلف التقنين الاردنى عن التقنين المصرى فى انه لم يقطع بالأثر الرجعى للقسمة فلم ينص على اعتباره مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع) .

(١) ويستوى فى ذلك ان يكون الشريك قد دخل منذ بدء الشيوع ، او دخل بعد ذلك بأن نزل لك شريك فى الشيوع عن حصته الشائعة (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٣٨٩) .

التقليدية لأثر القسمة ومنهـا يتبين ان ليس للقسـمة أثر كاشـــف فحســب (effect declaratif) ، اى أنهـا لا تقتصر عـلى أن تكشف عما يملكه الشريك مفـرزا فى المـال الشـائع ، بل لهـا ايضا اثر رجعى (effect retroactif) اى انهـــا ترجع بملكيه الشريك لنصيبه المفرز الى الوقت الذى بدا فيه الشيوع . ولا تقف عند الوقت الذى تمت فيــه القســـمة (١) .

٥٧٢ ـــ الأثر الحقيقى للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقل :

والواقع من الامر ان للقســـمه . بطبيعتها ، اثرا مزدوجا ، كاشــفا وناقلا . ولو اقتصرنا على صورة مبسطه لمال شائع ، وقلنا ان أرضـــا يملكها أثنان فى الشيوع لكل منهما النصف ، فهذه الأرض قبـل القسمة كانت ملكا للشريكين تتزاحم عليها ملكيه كل منهما . فاذا اقتطعنا أى جزء مفرز منها ، كان ، كان هذا الجزء هو أيضا ملكا للشريكين تتزاحم عليه ملكية كل منهما . فاذا نحن قســمنا الأرض بينهما ، وافرزنا نصيب كــل منهما فيها ، فان هذا النصيب يصبح مملوكا لأحد الشريكين وحـــده دون الاخر . فهل يكون للافراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقــل ؟ ان الشريك عندما أفرز نصيبه فى الأرض ، صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده كما قدمنا . وكان هذا النصيب قبل القسمة ، وفى أثناء الشيوع ملكا للشريكين لكل منهما النصف . فالافراز اذن ثبت للشريك فى هـــذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة فى النصف ، ونقل اليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمه فى النصف الاخر ، فخلصت له بذلك الملكية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد « القسمة ، سواء كانت عقدا او قسمة قضائية ، وسواء كانت القســـمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية ، يترتب عليها اثران : ١ ـــ يكون لها اثر رجعى ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وانه لم يملك غيرها فى بقية الحصص (قارن م ٥٥٥ من التقنين المدنى المختلط وهى تنص على ان القسمة منشئة كالبيع) . ومن اجل هذا يقال عادة ان القسمة مقررة او كاشفة للحق . ويترتب على هذا الأثـــر الرجعى نتائج كثيرة معروفة ، أهمها أن تصرفات الشريك فى جزء مفرز يوقف اثرها حتى تعرف نتيجة القسمة . (مجموعة الأعمال التحضـــيرية ٦ ص ١٢٨) .

الكاملة فى جميع النصيب المفرز . ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف فى نصف النصيب ، وأثر ناقل فى النصف الآخر . ويكون للقسمه اذن ، بطبيعتها ، أثر مزدوج : كاشف وناقل (١) .

ولما كان هذان الاثران يتعارضان ، لم يبق الا أن نغلب أثرا على آخر فى المواضع التى يحسن فيها ، من الناحية العملية ، تغليب هذا الأثر . فتارة نغلب الأثر الكاشف حيث يحسن تغليبه ، وتارة نغلب الأثر الناقل اذا دعت المقتضيات العملية الى ذلك .

---

(١) وهذا التحليل الذى نقول به نجد له نظيرا فى الفقه الاسلامى ، فقد قال الكاسانى فى البدائع : « واما بيان معنى القسمة ... فهى ... عبارة عن افراز بعض الانصباء عن بعض ومبادلة بعض ببعض ... فاذا قسمت (العين) بينهما نصفين .. فلابد أن يجتمع فى نصيب كل واحد منها اجزاء بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه على الشيوع . فلو لم تقع القسمة مبادلة فى بعض اجزاء المقسوم ، لم يكن المقسوم كله ملكا للمقسوم عليه . بل يكون بعضه ملك صاحبه . فكانت القسمة منهما بالتراضى او يطلبها من التاضى رضا منكل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه بعوض،وهو نصف نصيب صاحبه ، وهو تفسير المبادلة ، فكانت القسمة فى حق الأجزاء المملوكة له افراز وتمييزا أو تعيينا لها فى الملك ، وفى حق الأجزاء المملوكة لصاحبه معاوضة وهى مبادلة بعض الأجزاء المجتمعة فى نصيبه ببعض الاجزاء المجتمعة فى نصيب صاحبه ... والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة ، بل هى افراز من وجه ومعاوضة من وجه .. » (البدائع ٧ ص ١٧) .

ونجد له نظيرا ايضا فى الفقه الفرنسى الحديث ، اذ يقول أوبرى ورو : « والواقع من الأمر أن القسمة ليست محض كاشفة كما هو شأن الحكم القضائى . وليست محض ناقلة كما هو شأن البيع والمقايضة . فهى ليست محض كاشفة لأنها تحول حقا شائعا فى مجموع المال المملوك فى الشيوع الى حق مقصور على صاحبه فى جزء محدد تحديد ، ماديا من هذا المال . وهى ليست محض ناقلة ، لأن كل شريك كان له قبل القسمة حق شائع فى كل ذرة من ذرات الجزء المفرز الذى آل اليه . ومن ثم يبدو غير صحيح أن يقال ان العبارة الأولى تجاوز الحقيقة » (أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ١) .
ويقول كولان وكابيتان ودى لامور أنديير : « يبدو أن القسمة ... لها طبيعة مزدوجة ، فهى فى وقت واحد كاشفة وناقلة » (كولان وكابيتان ودى لامور انديير الطبعة العاشرة ٣ فقرة ١١٤٣ ص ٥٨٨) : فهى كاشفة فيما يتعلق بما كان للمتقاسم من حق شائع فى الجزء الذى استقل به فى القسمة ، وناقلة فيما يتعلق بحقوق الشركاء التى كانت لهم فى هذا الجزء — وانظر ايضا بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧١٢ ص ٢٨٢ .

ولما كانت المقتضيات العملية التى تستدعى تغليب الاثر الكاشف أهم من تلك التى تستدعى تغليب الاثر الناقل ، فقد سار التقنين المدنى على النهج التقليدى وعمم القسمة ، فجعله فى جميع الأحوال اثرا كاشفا .

ولما كانت المقتضيات العملية التى تستدعى تغليب الاثر الكاشف أهم من تلك التى تستدعى تغليب الاثر الناقل ، فقد سار التقنين المدنى على النهج التقليدى وعمم أثر القسمة ، فجعله فى جميع الأحوال أثرا كاشفا .

٥٧٤ — تأييد التاريخ لفكرة الأثر المزدوج :

والتاريخ نفسه يؤيد فكرة الأثر المزدوج .

فقد كان للقسمة فى القانون الرومانى اثر ناقل ، أى أن هذا القانون كان يغلب فكرة الاثر الناقل على فكرة الأثر الكاشف . والتصوير الفنى الذى لنتهى به الى هذه النتيجه هو انه اعتبر الشريك فى اختصاصه عند القسمه بنصيب مفرز ، يكون قد بادل شركاءه على حصصهم الشائعة فى هذا النصيب المفرز بحصته الشائعه فى كل نصيب مفرز لهؤلاء الشركاء ، ولما كانت المبادلة ناقلة للملكية ، فالقسمه التى أجرت هذه المبادله تكون هى أيضا ناقله للملكية . ولكن هذا التحليل أغفل أمر الحصة الشائعة التى كانت للشريك قبل القسمة فى نصيبه المفرز ، فهذه الحصة قد اندمجت فى نصيبه هذا وبقيت له بعد القسمة، ومن ثم تكون القسمة كاشفة عن حقه فى هذه الحصة لا ناقلة لها ، ومن أجل هذا قلنا ان القانون الرومانى قد غلب الأثر الناقل على الأثر الكاشف ، لأن أثر القسمة لا يتمحض أثرا ناقلا ، كما لا يتمحض أثرا كاشفا ، فاذا جعل القانون الرومانى للقسمة أثرا ناقلا ، فانما يكون هذا تغليبا للاثر الناقل على الأثر الكاشف ، اذ لم تدع الحاجة العملية فى عهد القانون الرومانى الى تغليب الأثر الكاشف . وقد رتب الرومان على أن القسمة أثرا ناقلا أن جعلوا كل متقاسم خلفا خاصا للمتقاسمين

الآخرين فيما اختص به المتقاسم من نصيب مفرز ، فينتقل هـــذا النصيب المفرز الى المتقاسم محملا بالحقوق العينيه التى رتبها المتقاسمون فى أثناء الشيوع عليه . كحق رهن او حق انتفاع . كذلك اعتبرت القسمه ، بوصفها عقدا ناقلا للملكيه ، سببا صحيحا فى التقادم القصير .

وبقيت القسمة ذات اثر ناقل فى القانون الفرنسى القديم الى أواخر القرن الرابع عشر على الاقل ، ثم ظهرت فكرة الاثار الكاشــف تحت ضغط الحاجات العمليه . فهذه الحاجات هى التى غلبت . عــلى نقيض ما كان الامر فى القــانون الرومانى . الاثر الكاشف عــلى الأثر الناقـــل .

ظهرت الحاجة العملية الى الأثر الكاشف فى ميدان القانون المالى، عندما اصبح التصرف فى أموال الاقطاع (fiefs) جائزا بموافقه السيد (Seigneur) فى نظير تحصيل رسوم ماليه (droits seigneuriaux, de lods . ventes) . واذ كـــانت القســـمة ناقـــلة كمـــا كـــان الأمـــر فى القانون الرومانى . فقد كان يقتضى ذلك أن ورثة التابع عند قسمة أموال الاقطاع فيما بينهم يدفعون رسوما للسيد اذ المال قد انتقل اليهم بالقسمة ، وذلك بالاضافة الى الرسوم التى سبق لهم أن دفعوها عند انتقال أموال التركة اليهم من مورثهم . فتفاديا من تكرار دفع الرسوم ، عرضت المسألة للبحث . واستقر الرأى على أن تعفى القســـمة العينية من الرسوم لأنها شبهت بالمقايضة ، وكانت المقايضة معفاة من الرسوم . أما قسمة التصفية ، فقد ذهب ديمولان الى اعفائها من الرسوم أيضا اذا رسا المزاد على أحد الشركاء (١) . وقيل فى تبرير ذلـــك ان القسمة هى نقل ضرورى للملك (aliènaton nécessaire) ، لأن الوارث لايجبر على البقاء فى الشيوع . وقيل كذلك أن الرسوم قد دفعت عندما تغـــير

---

(١) اما اذا رسا المزاد على اجنبى ، فقد اعتبرت القسمة بيعا ، ومن ثم اصبحت خاضعة للرسوم .

شخص التابع بأشخاص الورثة عند الميراث ، أما القسمة فلا يترتب عليها تغيير فى الاشخاص بل يبقى الورثه كما هم . ومهما يكن من امر ، فان الأثر الناقل للقسمه قد تقلص فى ميدان القانون المالى تحت ضغط الحاجة العمليه ، وحل محله الاثر الكاشف .

وظهرت الحاجه العملية أيضا الى الأثر الكاشف فى مجال القانون المدنى ، اذ ظهر الرهن المعروف باسم «obligatio bonorum» ، وكان رهنا خفيا عاما ينشأ بحكم القانون على أثر أى تصرف فى ورقه رسميه أو على اثر اى حكم بالمديونيه . فكان مقتضى أن للقسمه اثرا ناقلا أن ينتقل النصيب المفرز الى الشريك محملا بالحقوق التى ترتبت عليه فى أثناء الشيوع ، ومنها هذا الرهن الخفى العام الذى كان ذائع الانتشار . فقيل ، للتخلص من فكرة الأثر الناقل للقسمة وتفادى هذا الرهن ، أن القسمة ليست من عقود المضاربة (contrats de commerce), . بل هى وسيلة لحصول الشريك على حقيقة قيمة الجزء الشائع الذى كان له . ومن ثم تقرر أن المتقاسم يحصل على الجزء المفرز الذى يقع فى نصيبه، خاليا من الرهن الذى رتبه غيره ، ومن الحجز الذى وقع على حصة غيره (١) . وهكذا تغلب فى مجال القانون المدنى ، كما تغلب فى ميدان القانون المالى ، وتحت ضغط الحاجات العملية دائما ، الأثر الكاشف للقسمة ، بعد أن كان الأمر الناقل هو المتغلب وما لبث أن استقر الأثر الكاشف للقسمة فى القانون الفرنسى القديم .

ونقل بوتييه القانون الفرنسى القديم فى هذه المسألة على الوجه الذى استقر عليه ، وحاول تفسيره بطبيعة الشروع . ولكنه لجأ أخيرا الى الافتراض القانونى ، فقال ان كل وارث يعتبر أنه ورث وحده ومباشرة كل ما وقع فى نصيبه ، وأنه لم يرث شيئا فيما وقع فى نصيب

---

(١) وذلك قضية مشهورة سميت بقضية الاخوة الأربعة (l'affaire de quatre frères), تمسك فيها ديمولان بالأثر الناقل للقسمة ، وتغلب الرأى العكسى تحت ضغط الحاجات العملية .

غيره من الورثة • ومن هـذه العبارة نقلت المـادة ٨٨٣ مـدنى فرنسي ، واستقيت المادة ٨٤٣ مدنى مصرى • ولاشك فى أن تعميم الأثر الكاشف للقسمه فى هذه النصوص انما جاء عن طريق الافتراض والمجـاز القانونى •

٥٧٥ — ظهور فكرة الأثر الكاشف فى الفقة الحديث على سبيل الحقيقة لا على سبيل المجاز والتمييز بين الاثر الكاشف والأثر الرجعى:

ثم ظهر اخيرا فى الفقه الحديث اتجاه يذهب الى أن الأثر الكاشف للقسمه لا يؤخذ على سبيل المجاز كما كان الأمر فى القانون الفرنسى القديم ، وكما انتقل بعد ذلك الى التقنين المدنى الفرنسى ، بل يجب أخذه على سبيل الحقيقة (١) • فالقسمه بطبيعتها لها أثر كاشف ، اذ هى لا تنشىء حقا جديدا للمتقاسم • بل ان الحق الذى كان لـه فى أثناء الشيوع هو الذى آل اليه بالقسمه • وكل ما أحدثته القسـمة من أثر فى حق المتقاسم انما كان فى تركيز هذا الحق فى محله المادى • فبعد أن كان الحق شائعا بحصة معنويه فى كل المال الشائع . وكان هناك تباين بين نطاقه المادى ونطاقه المعنوى . أصبح النطاق المعنوى للحق ، بالقسمة، مطابقا لنطاقه المادى • فالأمر الكاشف للقسمة لا يتضـمن أى افتراض مخالف للحقيقة ، وانما هو بالذات تقتضيه وظيفة القسمة عينها (٢) •

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وموري وفيالتون ٤ فقرة ٦٣٩ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٧٦٥ — فقرة ١٧٦٦ — Siesse رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ ص ٤٥٦ وما بعدها وص ٤٧١ وما بعدها — Chevallier رسالة من رن ١٩٣٢ — Houin بحوث جماعة هنرى كابيتان سنة ١٩٤٧ جزء ٣ ص ٢٤٨ وما بعدها — Boyer رسالة من تولوز ١٩٤٧ — Merle رسالة من تولوز سنة ١٩٤٩ فقرة ١٥٢ وما بعدها — Déprez رسالة من رن سنة ١٩٥٣ ٩٢ وما بعدها .

(٢) وقد ساير هذا الاتجاه فريق من الفقهاء فى مصر . فيقول الأستاذ اسماعيل غانم ان « التحليل الصحيح لحق الشريك المشـتاع هو انه حق ملكية محله المادى الشيء الشائع كله ، وان كان محددا تحديداً معنويا بحصة الشريك فى الشيوع . فيترتب على ذلك أن القسـمة ، بافرازها للشريك جزءا ماديا من الشيء الشائع يختص به وحده ، لا تكسبه حقا جديدا لم يكن له من قبل ، فحقه أثناء الشيوع كان حق ملكية محله المادى الشيء الشائع =

= كله . وانما هى تقتصر على التغيير فى هذا الحق على وجه معين ، بايجاد التطابق بين نطاقه المادى ونطاقه المعنوى . فبعد ان كان حق الشريك يرد على الشيء كله ولكنه محدد تحديدا معنويا بالثلث مثلا ، وكان بذلك مشتبكا بحقوق الشركاء الآخرين التى كانت ترد مثل حقه على الشيء الشائع كله ، أصبح هذا الحق ذاته بمقتضى القسمة محددا تحديدا ماديا بجزء معين من الشيء يختص به الشريك وحده ، ويعادل الحصة التى كانت له فى الشيء كله . القسمة اذن لا تنقل للمتقاسم حقا جديدا ، وانما هى محددة للحق الثابت له منذ أن تملك فى الشيوع ، فهى تقتصر على التغيير فى بعض عناصر هذا الحق ، فى نطاقيه المادى والمعنوى ، يجعلهما متطابقين ، فتزيل بذلك العقبات التى كانت ترجع الى تشابك حقوق الشركاء على الشيء والتى كانت تحول بين كل شريك وبين الانفراد بمباشرة ملكيته . واذا اتضح أن هذه هى وظيفة القسمة ، فان وصفها بأنها كاشفة يكون معبرا عن حقيقة الحال ... واذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن اى افتراض مخالف للحقيقة ، وانما هو مما تقتضيه وظيفة القسمة ذاتها ، فلا مجل للتضييق فى تطبيقه ... » (اسماعيل غانم فقرة ١١٣ ص ٢٦١ — ص ٢٦٣) . ويقول الأستاذ حسن كيرة : « فالقسمة اذن لها اثر كاشف ، بمعنى انها لا تخلق لأى متقاسم حقا جديدا لم يكن له ، بل هى تكشف عن حق ملكيته القائم أصلا منذ الشيوع والممتد بعد القسمة ، ولكن بتعديل جوهرى فى محله : فبعد أن كانت ملكيته طوال الشيوع واقعة بمجرد حصة معنوية على الشيء الشائع كله دون تحديد ، تأتى القسمة فتعلن ما كان قائما له من ملكية ولكنها تحد من محلها فتحصره — بما يطابق ما كان له من حصة معنوية — فى جزء مادى مفرز من هذا الشيء ، فتزيل بذلك ما كان يقيد من مباشرة هذه الملكية فى وضعها السابق يجعل سلطاتها على المحل المحدد بالافراز مطلقة خالصة للمقسوم له وحده . فحق المتقاسم بعد القسمة هو نفس حقه القائم قبلها وبنفس سنده ، ولكن بعد ان تحقق بالافراز التطابق بين المحل المادى والحصة المعنوية بما يمتنع معه ما كان مصاحبا للشيوع قبل القسمة — نتيجة انعدام هذا التطابق — من تعدد أصحاب الحق وتزاحم سلطاتهم على نفس المحل » (حسن كيرة فقرة ١٥٣ ص ٥١٢) . ويقول الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة : « ان حق الشريك المشتاع ، وان كان محددا تحديدا معنويا بحصته الشائعة ، الا أنه يرد من الناحية المادية على الشيء الشائع كله ، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هى تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك ، وذلك بافراز جزء من الشيء الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصا تاما . والقسمة اذ تحقق هذا التطابق انما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوع ، فهى لا تخول الشريك سندا جديدا ، وانما سند حق الشريك هو السند الأصلى للملكية الشائعة .. وهى لا تخول الشريك حقا جديدا ، بل يقتصر أمرها على التغيير فى حق الشريك بحيث يتحقق هذا التطابق .. والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى يطابق الحقيقة كما قلنا ، لأنه مستمد من طبيعة القسمة » (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٣ ص ٢٣٧) .

ويخالف الأستاذ منصور مصطفى منصور هذا الفريق من الفقهاء ، =

والقائلون بالأثر الكاشف الحقيقى للقسمة يميزون بين هذا الأثر الكاشف وبين الأثر الرجعى ، فيقولون بالأول ولا يقولون بالثانى . فالأثر الكاشف عندهم يكفى للوصول الى أهم نتيجة يقصد اليها من القول بالأثر الرجعى ، وهى أن يخلص للمتقاسم نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الصادرة فى أثناء الشيوع . فما دامت القسمة لها أثر كاشف ، فهى تكشف عن حق المتقاسم فى نصيبه المفرز ، وعن أن هذا الحق كان موجودا قبل القسمة وفى أثناء الشيوع ، وأنه هو نفسه الذى آل الى المتقاسم بالقسمة ، فيؤول خاليا من تصرفات شركائه ومحملا بتصرفاته هو . ولا حاجة بعد ذلك الى الأثر الرجعى ، وهو الأثر الذى ينطوى عليه نص المادة ٨٨٣ مدنى فرنسى ونص المادة ٨٤٣ مدنى

= ويذهب ، على النقيض منهم، الى ان القسمة بطبيعتها ناقلة لا كاشفة، فيقول: « وجود حق شائع للمتقاسم قبل القسمة على الجزء المفرز الذى اختص به لا يمنع من القول أن القسمة ناقلة ، فالقسمة لم تنقل ... الا الحق الشائع الذى كان لغير المتقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به . وباجتماع هذا الحق مع ما كان للمتقاسم من قبل تخلص له الملكية مفرزة » . (منصور مصطفى منصور فى تحليل اثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٣٢) . ويرد الأستاذ منصور مصطفى منصور على الفكرة الرئيسية فى اقوال هذا الفريق من الفقهاء ، من ان اثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى وبذلك لا يصح للشريك بعد القسمة حق جديد بل هو الحق القديم الذى كان قائما وقت الشيوع بعد أن تحدد محله المادى ، بما يأتى : « معنى أن اثر القسمة هو تحقيق التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى ، انها تعطى الشريك ، الذى له الثلث مثلا ، حقا له كل مضمون الملكية على ثلث الشيء ، بعد أن كان له حق يخوله ثلث مضمون الملكية على الشيء كله . ولا يمكن — فى ظل هذا التفسير — أن نقول ان القسمة قد ابقت على الحق ذاته بعد ان حددته .. ذلك أن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبل القسمة ، سواء من حيث المحل ومن حيث المضمون . فقبل القسمة كان له حق يرد على كل شيء ومضمونه هو جزء من مضمون الملكية ، وبعد القسمة اصبح للشريك حق يرد على جزء من الشيء ومضمونه هو كل مضمون الملكية . وهو ما يكفى — فى تقديرنا — للقول ان القسمة تعطى الشريك حقا آخر غير الحق الذى كان له أثناء الشيوع » (منصور مصطفى منصور فى تحليل اثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٧١) .

مصرى ، اذ بموجب هذا الأثر « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص » . فيفترض اذن بمقتضى الأثر الرجعى أن كل وارث مثلا قد ملك نصيبه المفرز فى التركة منذ موت مورثه ، ويترتب على ذلك محو مرحلة الشيوع التى أعقبت موت المورث وبقيت الى أن تمت القسمة ، وهى مرحلة قد تطول سنين عديدة ، ومع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعى ويعتبرها كأنها لم تكن . وواقع الأمر أن مرحلة الشيوع هذه قد وجدت ، وخلفت آثارا لا يجوز تجاهلها ، منها أن ما قبضه الورثة من الثمار فى أثناء الشيوع لا يجب رده (١) ، ولو أعمل الأثر الرجعى لوجب ردها ولوجب أن يستولى كل وارث على ثمار نصيبه المفرز منذ موت مورثه . ومنها أن التركة ينظر اليها وقت القسمة لا وقت موت المورث ، بما دخل فيها وبما خرج منها من أموال ، ويعتد بقيمة المال وقت القسمة لا وقت موت المورث (٢) . فهذه مسائل تدل على وجوب الاعتداد بمرحلة الشيوع التى سبقت القسمة ، واذا جاز القول بالأثر الكاشف وهو لا يمس مرحلة الشيوع هذه ، فانه لا يجوز القول بالأثر الرجعى ومن شأنه أن يمحو مرحلة الشيوع محوا تاما ويعتبرها كأنها لم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمار التى تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم ، واجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقا فى الاستئثار بثمار الحصة التى خصصت له الا من وقت حصول القسمة . ولا يقدح فى ذلك ما تضت به المادة ٨٤٣ مدنى من اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع ، ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هى حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق . ويجب قصر اعمال الأثر الرجعى للقسمة فى هذا النطاق ، واستبعاده فى جميع الحالات التى لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٠ ص ١١٤٥) .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٢٣ .

تدن (١) .

٥٧٦ — تضارب الآراء فيما يجب ادخاله من تعديل فى نصوص التقنين المدنى الخاصة بأثر القسمة :

وقد دعا هذا الأثر المزدوج للقسمة ، وتغليب الأثر الكاشف تارة بل جعله هو الأثر الطبيعى ، وتغليب الأثر الناقل تارة أخرى ووصفه بأنه هو الأثر الطبيعى ، الى تضارب الآراء فيما يقترح ادخاله من تعديل فى نصوص التقنين المدنى فى هذا الخصوص .

فمن قائل بضرورة الغاء المادة ٨٤٣ مدنى اعتمادا على أن القسمة كاشفة بطبيعتها ، فيغنى ذلك عن تقرير الأثر الرجعى . ويقول أنصار هذا الرأى ان « فى هذا التصوير الجديد للملكية الشائعة وللقسمة ، لم تعد للأثر الرجعى ضرورة تقتضيه . فتصرف الشريك أثناء الشيوع فى الشىء الشائع ، ولو أنه صادر من مالك ، الا أنه لا يكون نافذا قبل شركائه لما فيه من مساس بحقوقهم . ولن يتغير الوضع اذا ما تمت القسمة فوقع الجزء الذى تصرف فيه الشريك فى نصيب شريك آخر ، اذ أن الشريك الذى اختص بذلك الجزء ليس خلفا للشريك المتصرف ، فالقسمة كاشفة لا ناقلة ، فيظل التصرف غير نافذ . وبذلك يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز ، وتتحقق حمايته من الحقوق التى تقررت من قبل متقاسم آخر ، بغير حاجة الى افتراض أثر رجعى للقسمة » (٢) :
ونرى مما قدمناه أن صحة هذا الرأى يتوقف على التسليم بأن القسمة كاشفة بطبيعتها ، وهو تصوير حديث لا يزال محلا للمناقشة والأخذ

---

(١) انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٢٧ — وانظر فى الأخذ بالأثر الكاشف دون الأثر الرجعى اسماعيل غانم فقرة ١٣٠ ص ٢٩٣ — ص ٢٩٤ وفقرة ١٣٢ ص ٣٠٤ — ص ٣٠٥ — حسن كيرة فقرة ١٥٥ وما بعدها — وانظر فى استساغة القول بالأثر الرجعى مع القول بالأثر الناقل للقسمة منصور مصطفى منصور فقرة ٨٥ ص ٢١٥ .

(٢) اسماعيل غانم فقرة ١٣٢ ص ٣٠٥ وفقرة ١٣٢ .

والرد ، ويوجد رأى يعارضه فيذهب الى أن القسمة ناقلة بطبيعتها وقد سبقت الاشارة الى هذا الرأى (١) .

ومن قائل بضرورة تعديل المادة ٨٤٣ مدنى بما يستبعد الأثر الرجعى للقسمة ويبرز أثرها الكاشف . وفى رأى أصحاب هذا القول يمكن أن يتم التعديل على النحو الآتى : « يعتبر المتقاسم مالكا للنصيب المقسوم بناء على السند الذى تملك به فى الشيوع ، وتكون ملكيته لهذا النصيب خالصة من كل حق رتبه غيره من الشركاء (٢) » . ويعيب هذا الرأى ، فى نظرنا ، فضلا عن أنه يذهب الى أن القسمة كاشفة بطبيعتها وهو رأى لا يزال محلا للنظر كما قدمنا ، أنه يقصر الأثر الكاشف على بعض النتائج التى تترتب عليه ، ويغفل نتائج أخرى يتركها النص فتضطرب فيها الآراء . من ذلك هل يجوز اعتبار القسمة سببا صحيحا فى التقادم القصير ، فاذا قيل لا يصح وهو القول المعمول به تعارض هذا القول مع التعديل المقترح اذ لم يذكر هذا التعديل هذه النتيجة فيما ذكره .

ومن قائل بأن القسمة ناقلة بطبيعتها وليست بكاشفة . ويقترح الغاء المادة ٨٤٣ مدنى ، « وبهذا الالغاء — كما يقول أنصار هذا الرأى — يزول السند التشريعى لوصف القسمة بأنها كاشفة ، وتصبح مسألة بيان حقيقية أثر القسمة مسألة رأى تحتمل الخلاف » (٣) . واذا ترك

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٥٧٥ ص ٩٥٣ هامش ١ — ويلاحظ أن الاتجاه الحديث الذى يذهب الى أن للقسمة بطبيعتها أثرا كاشفا من شأنه ، كما رأينا ، أن يجعل محل الحق الشائع للشريك ، فى أثناء الشيوع ، هو المال الشائع كله . وهذا يتعارض مع ما قدمنا من أن حق الشريك فى الشيوع يقع على حصة معنوية فى المال الشائع (quote - part abstraite) لا على كل المال الشائع (أنظر آنفا فقرة ٤٨٥ فقرة ٥١٤ فى الهامش) .

(٢) حسن كيرة فى تصرف الشريك فى جزء مفرز من الشىء الشائع فصله من مجلة كلية الحقوق سنة ١٩٦٢ — سنة ١٩٦٣ ص ٧٦ .

(٣) منصور مصطفى منصور فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ٢١١ . وانظر فى بقية =

بيان حقيقة أثر القسمة مسألة رأى تحتمل الخلاف ، فالمنتظر أن الآراء تضـطرب كثيرا فى ذلك ، وهى منذ الآن ومع وجـود نص المـادة ٨٤٣ مضطربة • وقد رأينا أصحاب الرأى الأول يذهبون هم أيضا الى الغاء المادة ٨٤٣ ، ليصلوا الى نتيجة هى عكس النتيجة التى يريد أن يصـل اليها أصحاب هذا الرأى الأخير ، وهى أن القسمة كاشفة لا ناقلة •

والى أن ينحسم الخلاف حول هذه المسـألة ، والى أن يسـتقر الرأى فى الاتجاه الجديد الذى أخذ يظهر فى الفقه الحديث ويقول ان القسمة كاشفة بطبيعتها ، لا ضرر من اسـتبقاء المادة ٨٤٣ مدنى كمـا هى ، تخلع على القسمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا فى وقت واحد ، على أن يكون هذا وذلك على سبيل الافتراض القانونى أو المجاز • فتستخلص جميع النتائج التى تدعو الحاجات العلمية الى اسـتخلاصها من الأثر

= التعديلات التى يقترحها — غير الغاء المادة ٨٤٣ — نفس المرجع ص ٢١٢ — ص ٢١٣ •

ويذهب الأستاذ منصور مصطفى منصور الى امكان استخدام نظرية الحلول العينى للوصـول الى جعل النصيب المفرز للشريك ينتقل اليه خاليـا من تصرفات شركائه ، فيقول فى هذا المعنى : « فحق الشريك فى الشيوع بطبيعته معرض دائما للتحول الى ملكية مفرزة على ما يختص به هذا الشريك عنـد القسمة . ولما كان وصف حق الشريك فى الشيوع على هذا النحو مستمدا من طبيعة الحق نفسه ... فكل تصرف من الشريك فى حقه بانشاء حق للغير عليه يؤدى الى أن يكون حق الغير نفسه موصـوفا بمثل هذا الوصف على الأساس السابق وهو أن الشخص لا يعطى غيره أكثر ممـا له . فكما ان المالك تحت شرط أو المالك ملكية موقتة لا يستطيع أن ينشىء لغيره الا حقـا معلقا على شرط أو حقا موقتا ، فكذلك المالك على الشيوع وحقـه معرض دائما للتحول على النحو الذى بيناه لا يستطيع أن يعطى غيره الا حقا معرضا للتحول على نفس الوجه . فلا يتبع حق الشريك الذى ينتقل بالقسـمة الى متقاسم آخر ، وانما يرد على ما يختص به الشريك الذى انشـاه . فنكون بصدد تغيير المحل ، فقد نشأ الحق ابتداء على حق الشريك الشـائع ، ولما استبدل الشريك بمقتضى القسمة بهذا الحق الشائع حقا مفرزا ، يصـبح الحق المفرز محلا للحق الذى كان واردا على الحق الشائع . وبذلك نكون أمام تطبيق من تطبيقات نظرية الحلول العينى » (منصور مصطفى منصـور فى تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ٦ سنة ١٩٦٤ ص ١٨٢) •

الكاشف المفترض ، دون استغراق لجميع النتائج التى يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعى اذا لم توجد حاجة عملية تدعو الى ذلك (١) • ويشفع لما نقول أن القسمة فى حقيقتها لها أثر مزدوج ، فسواء قلنا ان لها أثرا كاشفا أو قلنا ان لها أثرا ناقلا ، فلابد من استخدام شىء من الافتراض والمجاز فى كل من القولين • فالقول بالأثر الكاشف قول ينطوى على افتراض يغطى ما بداخل هذا الأثر الكاشف من أثر ناقل ، وكذلك القول بالأثر الناقل لا يخلو من افتراض يستبعد ما يوجد من أثر كاشف الى جانب الأثر الناقل (٢) •

---

(١) ومن المسائل التى يستبعد فيها الأثر الرجعى ، لأن الحاجة العملية لا تستدعى اعمال هذا الأثر ، ما يأتى :

اولا — الثمار التى ينتجها المال الشائع فى اثناء الشيوع تكون من حق الشركاء كل بنسبة حصته الشائعة . فاذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة الى نصيب مفرز ، لم يكن لهذا الشريك ان يتمسك بالأثر الرجعى للمطالبة بثمار هذا النصيب المفرز من بدء الشيوع ، فهو اذن لا يستأثر بثمار هذا النصيب الا من وقت القسمة (انظر آنفا فقرة ٥٧٥) .

ثانيا — العبرة فى تحديد المال الشائع وفى تكوين الحصص تكون بالمال الموجود وبقيمة هذا المال ، لا وقت بدء الشيوع ، بل وقت القسمة . وكان مقتضى الأثر الرجعى أن تكون العبرة فى كل ذلك بوقت بدء الشيوع لا بوقت القسمة (انظر آنفا فقرة ٥٧٥) .

ثالثا — يبقى التصرف الصادر من جميع الشركاء فى اثناء الشيوع صحيحا بعد القسمة ، حتى لو وقع المال المتصرف فيه فى نصيب شريك دون غيره من الشركاء (انظر المادة ١٠٣٩ / ١ مدنى) . وكان مقتضى الأثر الرجعى أن تسقط تصرفات الشركاء الا تصرف الشريك الذى وقع فى نصيبه المال . وكالتصرف الصادر من جميع الشركاء التصرف الصادر من أغلبية الشركاء بالشروط الواردة فى المادة ٨٣٢ مدنى .

رابعا — اذا صدر قانون جديد فى اثناء الشيوع يقرر قواعد جديدة للقسمة ، وجب تطبيق هذا القانون الجديد على القسمة التى تتم بعد صدوره . وكان مقتضى الأثر الرجعى عدم تطبيق هذا القانون الجديد ، ما دام الشريك يعتبر مالكا لنصيبه المفرز بأثر رجعى فى وقت سابق على صدور هذا القانون .

وانظر فى مسائل اخرى متعلقة بكسب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى وبوقف التقادم وانقطاعه وبحق التقدم للدائن المرتهن على الثمن الذى اختص به الشريك الراهن : اسماعيل غانم فقرة ١٣١ ص ٢٩٧ — ص ٣٠١ .

(٢) ولعل هذا هو الذى دفع لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى الى أن تستبقى فىمشروعها التمهيدى نص المادة ٨٨٣مدنى فرنسى (وهى التى=

ومهما يكن من أمر ، فلاشك فى أن المادة ٨٤٣ مدنى ، من ناحيــة القانون الوضعى ، تقرر الأثر الكاشف للقسمة مصحوبا بالأثر الرجعى ، وقد جاء كل ذلك على سبيل الافتراض والمجاز . فنبحث فى صــدد هذا النص مسألتين : ١ — مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة . ٢ — النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف .

١ — مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة

٥٧٧ — (أ) مجال التطبيق من ناحية التصرفات :

كل تصرف من شأنه أن ينهى الشيوع يكون له أثر كاشف . فالقسمة النهائية أيا كان نوعها ، قضائية كانت أو اتفاقية (١) ، عينية أو قســمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، يكون لها أثر كاشف (٢) . أما القســـمة الموقتة ، وهى قسمة المهايأة ، فليس لها هذا الأثر ، الا اذا بقيت المهايأة المكانية خمس عشرة سنة فانقلبت الى قسمة نهائية (٣) .

وفى قسمة التصفية تفصيل ، اذ يجب التمييز بين ما اذا بيع المال الشائع لأحد الشركاء أو بيع لأجنبى . فاذا كان قد بيع لأحد الشركاء ، بيعا فى المزاد أو بيع ممارسة ، كان البيع قسمة أوقعت فى نصيب الشريك المشترى هذا المالبأثر كاشف ، فيعتبر أنه قد تملكه منذبدء الشيوع (٤) .

=تقابل المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى المصرى) . فقد انتهت اللجنة ، بعد مناقشات طويلة ومشروعات كثيرة ، الى نص مستمد من المادة ٨٨٣يسرى على القسمة وعلى كل تصرف معادل للقسمة يكون الغرض منه انهاء حالة الشيوع او التمهيد لهذا الانهاء (انظر اعمال لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى سنة ١٩٥٣ — سنة ١٩٥٤ وسنة ١٩٥٤ — سنة ١٩٥٥ ص ٣٠١ وما بعدها) .

(١) ولو كانت قسمة فعلية .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى دوائرها المجتمعة ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ١١٣ — أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٩ ثانيا — بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٤١٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣١ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ٣ فقرة ١١٤٧ .

(٣) أنظر المادة ٨٤٦/١ مدنى وأنظر آنفا فقرة ٤٩٢ .

(٤) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٤ هامش ٦ ثانيا وهامش ٦ ثالثا وليبال=

ومن ثم تسقط تصرفات كل شريك آخر فى هذا المال تكون قد صدرت فى أثناء الشيوع ، وتتثبت تصرفات الشريك الذى وقع المال فى نصيبه. أما الثمن الذى بيع به المال للشريك فيكون له حكم معدل القسمة ، ولكن يتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات القسمة . واذا كان المال قد بيع لاجنبى ، بيعا فى المزاد أو بيع ممارسة ، فان التصرف يعتبر بيعا فيما بين الشركاء والمشترى (١) . ومن ثم يجوز للمشترى أن يطهر العقار المبيع من الرهون التى ترتبت عليه من الشركاء فى أثناء الشيوع (٢) . أما فيما بين الشركاء فالتصرف يعتبر قسمة لها أثر كاشف ، ومن ثم يعتبر الشريك الذى وقع فى نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذى باع المال الشائع للأجنبى ، وعلى ذلك يكون للدائن الذى رتب له هذا الشريك رهنا على العقار المبيع حق التقدم فى الثمن الذى بيع به العقار دون أن يزاحمه دائن رتب له شريك آخر رهنا على العقار (٣) .

= ٥ مكرر فقرة ٧٣٠ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٢ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ١١٤٩ .

(١) نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٦ — ١ — ٥٧ — ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ — ٣٩٦ — أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٦ رابعا — بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧٢٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٢٣ — فقرة ٣١٣٤ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ١١٤٩ — فقرة ١١٥٠ .

(٢) وهناك نتائج أخرى تترتب على ان التصفية تعتبر قسمة اذا وقعت العين فى نصيب احد الشركاء ، وتعتبر بيعا اذا وقعت لأجنبى . فان التصفية اذا اعتبرت قسمة جاز نقضها للغبن ، وترتب عليها امتياز المتقاسم ، وكذلك ضمان الاستحقاق فى القسمة . أما اذا اعتبرت التصفية بيعا ، فانه لايجوز نقضها للغبن الا اذا كانت العين عقارا وكان بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية ، ويترتب عليها امتياز البائع لا امتياز المتقاسم ، وضمان الاستحقاق فى البيع لا فى القسمة (بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٤) .

(٣) نقض فرنسى دوائر مجتمعة ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٨ — ١ — ١١٣ — نقض فرنسى ٢ يوليه سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٦ — ١ — ٥٧ — ١٤ مارس سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ — ٣٩٦ — أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٢٥ — بيدان وليبال ٥ مكرر فقرة ٧٢٦ — فقرة ٧٢٨ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٥٤ — فقرة ٣١٥٦ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ١١٥١ .

٥٧٨ — تصرفات تعادل القسمة فيكون لها أثر كاشف :

ويعتبر بيع أحد الشركاء حصته الشائعه لشريك آخر تصرفا معادلا للقسمه فيكون له أثر كاشف ، اذ تضاف الحصة المبيعة الى حصة الشريك المشترى . ويتقاضى الشريك البائع ثمن حصته كما لو كان يتقاضى معدلا (١) • ومن ثم يعتبر الشريك مالكا للحصة المبيعة من وقت بدء الشيوع . لا من وقت البيع • أما اذا وهب أحد الشركاء حصته لشريك آخر ، فلا تعتبر الهبة معادلة للقسمة لأن القسمة من المعاوضات لا من التبرعات . ومن ثم تكون الهبة ناقلة لا كاشفة (٢) •

ويعادل القسمة الكلية القسمة الجزئية • فالتصرف الصادر لشريك من سائر الشركاء ، ويكون من شأنه أن ينهى الشيوع بالنسبة الى هذا الشريك وحده مع بقاء الاخرين فى الشيوع ، يكون تصرفا كاشفا ، وعلى ذلك يعتبر الشريك فيما اختص به من المال مفرزا مالكا له من بدء الشيوع لا من وقت التصرف (٣) •

---

(١) نقض فرنسى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٢٥ — اوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ وهوامش ٧ الى ٨ ثانيا — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٣٠٣ — بيدان ولبيال ٥ مكرر فقرة ٧١٤ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ٣ فقرة ٣١٣٦ •

(٢) اوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٣ — بيدان ولبيال ٥ مكرر فقرة ٧١٤ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ٣ فقرة ١١٥٢ — وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٣٧ — ويوجد فى احكام القضاء الفرنسى ما يقرر فى عبارات عامة ان كل تصرف يكون الغرض منه انهاء الشيوع تماما ما بين الورثة ، او ما بين الشركاء فى الشيوع ، تكون له حتما طبيعة القسمة، ايا كان الاسم الذى اعطاه المتعاقدون للتصرف (جرينوبل ٢٠ يناير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ٢ — ١٢٧ — اورليان ٢٣ و ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٨ — ٢ — ٣٣٩) . ومن ثم قد قضى بأن بيع بعض أعيان التركة الصادر لأحد الورثة من سائرهم يلحق بقسمة التصفية ويكون له أثر كاشف (جرينوبل ٢٠ يناير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣ — ٢ — ١٢٧) ، وعلى ذلك يعتبر الوارث فى هذه الحالة مالكا لما اشترى من وقت موت المورث لا من وقت البيع .

(٣) نقض فرنسى ٢٣ مارس سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٣٢٦ — على أن القضاء الفرنسى ،فى مجموعة ، يقضى بعكس ذلك ، ويشترط حتى يكون التصرف كاشفا أن ينتهى الشيوع بالنسبة الى جميع الشركاء (بلانيول =

وقد قضت محكمة النقض بانه من المقرر فى قضائها أن للشريك على الشيوع ان يبيع جزءا مفرزا من المال الشائع قبل اجراء القسمة ، فان وقع الجزء المفرز عند القسمة فى نصيبه خلص له ، وان لم يقع انتقل حقه بحكم الحلول العينى من الجزء المفرز المبيع الى الجزء المفرز الذى آل اليه بطريق القسمة . ومن ثم يكون النعى بان البائع لا يملك الحصة المبيعة مفرزة يكون على غير أساس (١) .

٥٧٩ — (ب) مجال التطبيق من ناحية الأموال :

ويتناول : الأثر الكاشف كل الأموال الشائعة التى كانت محلا للقسمة وتم افرازها (٢) ، فيتناول العقار والمنقول ، كما يتناول الأشياء المادية والحقوق المعنوية كحق المؤلف . وبذلك يخرج من مجـــال تطبيق الأثر الكاشف ما يأتى :

أولا — معدل القسمة ، فاذا قسمت أرض ودار شائعتان بيـــن شريكين ، فأخذ أحدهما الأرض والآخر الدار ، على أن يدفع صاحب

=وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٤١ — انسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Succession فقرة ١٧٩٢ — فقرة ١٧٩٣) .

وانظر فى فروض أخرى للقسمة الجزئية بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٤٣ — فقرة ٣١٤٥ .

(١) نقض مدنى فى ٢٥ مارس سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ رقم ١٧٥ صفحة ٨٨٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل فى انتقال الملكية للورثة أنها تنتقل شائعة بينهم حتى تتم القسمة وعندئذ يعتبر المتقاسم فيما كان محـــلا للقسمة ، وعلى ما تقضى به المادة ٨٤٣ من القانون المدنى ، مالكا للحصـــة التى آلت اليه من وقت ان تملك فى الشيوع وانه لم يملك غيرها فى بقيـــة الحصص وبذلك يظل مالم يدخل القسمة من المال الشائع على حالة شائعا بين الورثة . واذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجعل ملكية المال الشائع والذى لم تشمله القسمة قاصرة على من حصل من المتقاسمين على نصيب يقل عن نصيبه الميراثى دون ان يفصح عن سبب ذلك مع ان حصول احد المتقاسمين على اقل من نصيبه الشرعى لا يقتضى بطريق اللزوم اعتباره مالكا لما ما لم تشمله القسمة من أعيان التركة ، فأنه يكون معيبـــا بالقصور (نقض مدنى فى ٣٠ مارس سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٣٧ صفحة ٧٠٢) .

الأرض معدلا لصاحب الدار ، فان هذا المعدل مال أجنبي عن الأموال التي افرزت بالقسمه وهي الارض والدار • فيسرى الاثر الكاشف على كل من الارض والدار ، ولا يسرى على المعـــدل • ومن ثم يعتبر كـل من الارض الدار ملكا لصاحبه من وقت بدء الشيوع ، لا من وقت القسمه • اما المعدل فلا يسرى عليه الاثر الكاشف ، فيقوم التزاما في ذمه المدين به بموجب القسمه ، ولكن باثر ناقل لا باثر كاشف • فلو ان المعـــدل كان عقـــارا : بان التزم صاحب الارض لصـــاحب الدار باعطائه منـــزلا صغيرا معدلا للقسمه ، فان القسمه بالنسبه الى هذا المنزل الصـــغير تكون ناقله لا كاشفه ؛ ويترتب على ذلك ان ملكيه المنزل لا تنتقل الى صاحب الدار حتى فيما بين المتعاقدين الا بالتسجيل •

ثانيا — الحقوق الشخصيه (creances) التي تشتمل عليهـا التركه لا تدخل في الشيوع مع أموال التركه الشائعه ، بل تنقســـم بمجـــرد وفاة المورث على الورثه كل بنســـبه حصته في التركه (١) • ومن ثم لا تمر هذه الحقوق بمرحله شيوع تسبق القسمة ، بل هي منذ البدايه تنقسم بين الورثة كما قدمنا ؛ فلا مجال لاعمال الأثر الكاشف بالنسبه اليها • ويعتبر كل وارث صاحب حصته في الحق الشخصي من وقت وفاة المورث ، لا بفضل الاثر الكاشف للقسمة ، بل بفضل انقسام الحـــق الشخصي بمجرد وفاة المورث • واذا كانت المادة ٩٠٧ مدني تنص على أنه « اذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة ، فان باقي الورثة لايضمنون له المدين اذا هو أعسر بعد القسمه ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » ؛ فليس هذا معناه ان الحق الذي للتركة يبقى شائعا بين الورثة الى حين القسمة • فهو ينقسم ، كما سبق القول ، على الورثة ، ثم اذا وضع كل الحق عند القسمة في نصيب أحد الورثة ، فانما يكون ذلك في العلاقة فيما بين الورثة وحدهم • أما بالنسبة الى المدين بهذا الحق فانه بموت المورث يصبح مدينا لكل وارث بمقدار حصته ، وعندما يقع الحـــق في

---

(١) ما لم تكن غير قابلة للتجزئة فتجرى عليها احكام عدم القابليـــة للتجزئة ، لا أحكام الشيوع •

نصيب وارث واحد عن طريق القسمة ، يجب على كل واحد من الورثة الآخرين أن يحول حصته فى الحق لهذا الوارث عن طريق حوالة الحق • ولا يصبح هذا الأخير صاحب الحصص الباقية من الحق ، بالنسبه الى المدين ، الا من وقت صيرورة الحوالة نافذة فى حـق المدين باعلانهـا أو بقبولها (١) •

٥٨٠ — (د) مجال التطبيق من ناحية الأشخاص :

يسرى الأثر الكاشف بالنسبة الى جميع المتقاسمين ، أى بالنسـبة الى جميع الملاك على الشيوع وقت القسمه ، ويستوى فى ذلك من كان يملك فى الشيوع منذ بدايه الشيوع ومن كان يملك فى الشيوع بعـد ذلك مادام أنه مالك فى الشيوع وقت القسـمة • ومن ثم يسرى الأثر الكاشف على جميع الورثة ، وكذلك عـلى كل شخص غـير وارث انتقلت اليه حصة الوارث فى الشيوع قبل القسمة • فليس من الضرورى اذن أن يكون جميع الملاك فى الشيوع قد استمدوا حقوقهم من سند واحـد ، بل قد تختلف سندات التمليك فيملك أحد الملاك المشتاعين بموجب سند معين ويملك مالك مشتاع آخر بموجب سند غير السند الاول ، ومـع ذلك يسرى الأثر الكاشف لقسمة المال المشتاع بالنسبة الى الاثنيـن معـا (٢) •

ويسرى أيضا الأثر الكاشف بالنسبة الى الغير • فاذا رهن أحـد الملاك المشتاعين قبل القسمة حصته أو جزءا مفرزا من المال الشائـع لدائن مرتهن ، فان هذا الدائن — وهو من الغير — يسرى فى حقه الأثر الكاشف • ويترتب على ذلك أنه عند القسمة ينتقل الى شريك آخر ، غير

---

(١) ولكن الورثة يضمنون للوارث الذى وقع فى نصيبه الحق ، ليس فحسب وجود الحق كما هى القاعدة العامة (م ١/٣٠٨ مدنى) ، بل أيضـا يسار المدين وقت القسمة ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك — انظر فى هذه المسألة اسماعيل غانم فقرة ١٢٩ •

(٢) أوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ وهامش ٩ ثالثا ورابعا — بودرى وفال فى المواريث ٨ فقرة ٣٢٨٩ •

الشريك الراهن ، نصيبه المفرز خاليا من الرهن ، بفضل الأثر الكاشف للقسمة وقد سرى فى حق الدائن المرتهن وهو من الغير ، واذا رهن أحد الملاك المشتاعين عقارا شائعا ، ووقع هذا العقار كله فى نصيب مالك مشتاع آخر ، فانه ينتقل الى هذا المالك خاليا من الرهن ، وبذلك يسرى الأثر الكاشف هنا أيضا فى حق الدائن المرتهن • بل ان هذا الدائن المرتهن لا يكون له حق التقدم على نصيب مدينه فى ثمن العقار ، فان المدين يكون قد استبدل بحصته فى العقار الذى رهنه مبلغا من النقود ، وقد أصبح هذا المبلغ ضمانا لدائنيه جميعا ولا يتقدم عليهم الدائن المرتهن (١) •

٢ — النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف

٥٨١ — بيان أهم هذه النتائج :

من أهم النتائج التى تترتب على الأثر الكاشف للقسمة :

١ — سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز •

٢ — عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا ناقلا للملكية •

٣ — عدم ضرورة تسجيل القسمة فى العلاقة التى تقوم فيما بين المتقاسمين •

وهناك نتائج تترتب على الأثر الكاشف للقسمة ، وما يستتبعه هذا الأثر من أن القسمة عقد مساواة ما بين المتقاسمين وليست عقد مضاربة • ومن أهم هذه النتائج : ١ — نقض القسمة للغبن • ٢ — عدم جواز

---

(١) نقض فرنسى ١٦ أغسطس سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨ — ١ — ٢٤٩ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ١٨٠ — ١٢ يناير سنة١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٣٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٧٣ .

استرداد المال المتنازع فيه اذا كان محلا للقسمة • ٣ — ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة •

وتتناول فى ايجاز هذه النتائج بالبحث •

٥٨٢ — سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز :

بينا فيما تقدم حكم تصرف المالك المشتاع فى حصته الشائعة أو فى جزء مفرز من المال الشائع ، ورأينا أنه عند القسمة ووقوع جزء مفرز من المال الشائع فى نصيب أحد الشركاء ، فان هذا الجزء يخلص له خاليا من أثر التصرفات التى صدرت من شركائه الاخرين فى أثناء الشيوع ، ويقع هذا بحكم الأثر الكاشف للقسمة ، فالشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز من المال الشائع يعتبر مالكا له منذ بدء الشيوع لا من وقت القسمة ، ومن ثم لا ينفذ فى حقه أى تصرف وقع من شريك آخر فى أثناء الشيوع ، ولا يتثبت وينفذ الا التصرفات الصادرة منه هو فى هذا الجزء المفرز • وهذه هى أهم نتيجة للأثر الكاشف للقسمة • وقد رأينا أن فكرة الأثر الكاشف نفسها لم تثبت فى القانون الفرنسى القديم الا لتحديد مصير التصرفات التى تصدر من الشركاء فى أثناء الشيوع ، حتى يخلص لكل منهم بعد القسمة نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه الآخرين ومثقلا بتصرفاته هو •

ويترتب على ذلك أن الشريك ، الذى خلص له نصيبه المفرز خاليا من تصرفات شركائه ، يستطيع أن يطلب شطب الرهون وغيرها من التكاليف العينية المترتبة على نصيبه المفرز من جانب أحد الشركاء الآخرين • فيستطيع أن يطلب من هذا الشريك ، وعلى نفقته ، أن يحصل على شطب الرهن الرسمى ورهن الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتبة من جانبه •

وكما تسقط الحقوق العينية التبعية المترتبة من جانب الشريك الآخر، كذلك تسقط الحقوق العينية الأصلية • فاذا رتب أحد الشركاء حق انتفاع

على مال شائع ، ووقع هذا المال بالقسمة فى نصيب شريك آخر ، فان هذا الشريك الاخر يخلص له المال خاليا من حق الانتفاع الذى رتبه شريكه •

كذلك اذا باع شريك مالا شائعا أو وهبه ، ووقع المـــال الشائع بالقسمه فى نصيب شريك آخر ، فان عقد البيع أو عقد الهبة الصادر من الشريك الاول يسقط ، ويخلص المال للشريك الاخر خاليا من هـــذه التصرفات • ومن باب أولى يسقط حق امتياز البائع ، اذا اشترى شخص المال الشائع من شريك لم يقع فى نصيبه هذا المال عند القسمة ، بل آل الى شريك اخر •

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٨٤٣ من القانون المدنى تقضى باعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع اثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر اعمال الأثر الرجعى للقسمة فى هـــذا النطاق واستبعاده فى جميع الحالات التى لا يكون الأمر فيها متعلقا بحمـــاية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة • ولما كان ســـند الطاعنة فى طلب الحكم لها بملكية الأطيان محل النزاع هو وضع اليـــد المدة الطويلة ، وهو يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غـــيره من أسباب اكتسابها فلا وجه من بعد لأعمال حكم الأثر الرجعى للقسمة على واقعة الدعوى (١) •

---

(١) نقض مدنى فى ٢٩ مايو سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد ٢ رقم ٢٧١ صفحة ٤٦٨ •

كما قضت محكمة النقض بانه اذ كانت المادة ٩٧٠ من القانون المـــدنى قبل تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تنص على ان الأموال الموقوفة لا تكسب بالتقادم الا اذا دامت الحيازة ثلاثة وثلاثين سنة ثم نص هذا القانون الأخير والذى عمل به اعتبارا من ١٣/٧/١٩٥٧ على انه لا يجوز تملك الأوقاف الخيرية أو كسب اى حق عينى عليها بالتقادم ، فان حيازة الطاعنين وحيازة =

٥٨٣ — عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا فى التقادم القصير :

اذا اختص أحد الشركاء عند القسمة بعقار ، فانه لا يعتبر مالكا له بموجب عقد القسمة اذ القسمة كاشفة لاناقلة ، ولكنه يعتبر مالكا له كما قدمنا منذ بدء الشيوع •

ثم نفرض أحد فرضين :

١ — أن يكون هذا العقار قد ورثه المتقاعون فى تركة مورثهم ، وأن هذا المورث لم يكن يملك هذا العقار بل كان مغتصبا اياه أو واضعا يده عليه دون سند تمليك • فالوارث الذى وقع فى نصيبه هذا العقار ، اذا استمر حائزا له خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أن يتملكه بالتقادم القصير • فهو لا يستطيع أن يستند الى القسمة ، اذ هى لا تعتبر سببا صحيحا لأنها كاشفة والسبب الصحيح يجب أن يكون

=من سبقهم من المشترين حتى صدور قرار لجنة القسمة فى ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٦٦ يفرز حصة الخيرات فى الوقف لا تؤدى الى كسب ملكية الأطيان محل النزاع بالتقادم لورودها على مال لايجوز تملكه بهذا السبب عملا بنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ لوجود حصة وقف خيرى شائعة فيها . ولايقدح فى ذلك ان المادة ٨٤٣ من القانون المدنى تقضى باعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ ان تملك فى الشيوع ذلك ان علة تقرير هذا الأثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع اثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر اعمال الأثر الرجعى للقسمة فى هذا النطاق واستبعاده جميع الحالات التى لايكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة ، لما كان ذلك ، وكان سند الطاعنين فى تملك الأطيان محل النزاع هو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وهو يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها ، فلا وجه من بعد لاعمال حكم الأثر المرجعى للقسمة على واقعة الدعوى . ولما كانت مدة حيازة الطاعنين التى تلت صدور حكم القسمة فى ٢١ اكتوبر سنة ١٩٦٦ لاتكفى لتملكهم الأطيان ، محل النزاع بالتقادم الطويل ، فان الحكم المطعون فيه اذ رفض ادعاءهم تملكها بهذا السبب يكون قد صادف صحيح القانون (نقض مدنى ١٠٥ يونية سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ رقم ٣١٧ صفحة ١٦٩٨) .

ناقلا (١) • ولا يستطيع أن يستند ، كسبب صحيح ، الى الميراث وهو السبب الذى يصعد اليه كسند للتمليك نتيجة للأثر الكاشف للقسمة ، لأن الميراث ليس تصرفا قانونيا بل هو واقعة مادية ، فلا يصلح سببا صحيحا فى التقادم القصير •

٢ — أن يكون العقار قد اشتراه المشتاعون من غير مالك شائعا بينهم ، ووقع عند القسمة مفرزا فى نصيب أحدهم • فهذا الشريك اذا استمر حائزا العقار خمس سنوات وهو حسن النية ، لا يستطيع أيضا أن يتمسك بالقسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم القصير لما قدمنا • ولكنه بفضل الأثر الكاشف للقسمة يصعد الى البيع الذى بموجبه اشترى هو وشركاؤه العقار ، ومن ثم يصير مالكا بالاستناد الى هذا البيع ، وهو سبب صحيح لأنه ناقل للملكية • ونرى من ذلك أن الشريك يتملك العقار بالتقادم ، ولكن بفضل البيع لا بفضل القسمة (٢) •

٥٨٤ — القسمة والتسجيل :

ميز قانون الشهر العقارى فى التسجيل بين العقود الناقلة للملكية كالبيع والعقود الكاشفة كالقسمة • ففى العقود الناقلة للملكية لا تنتقل الملكية بالنسبة الى الغير ولا فيما بين المتعاقدين الا بالتسجيل • أما فى العقود الكاشفة فالملكية تثبت فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن مسجلا ، لأنه عقد كاشف لا ناقل ، فلا حاجة الى تسجيل عقد يقتصر على كشف الملكية دون أن ينقلها ، ومن ثم يعتبر كل متقاسم ، فى علاقته بالمتقاسمين الآخرين ، مالكا ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة غير المسجلة (٣) •

---

(١) نقض مدنى ٢٩ ابريل سنة ١٩٥٤ مجموعة احكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص ٨١٩ •

(٢) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٠ ص ٧٠٠ — ١٠ اكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٧ ص ١٩٣ •

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها ، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية =

وقد قضت محكمة النقض بأن الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع ، وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، وأما من تلقى من احدا الشركاء حقا مفرزا فانه لايعتبر غيرا ولو سبق الى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة اذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى اليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من أن التصرف اذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجـزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة ، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسـمين ، ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع، واعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة ومن ثم فأنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة ان يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلـك الجزء ذاته ، طالما ان القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليـه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع بموجب تلك القسمة (١) •

= مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من اجزاء العقار المقسم . وبأنه لاتحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة (نقض مـدنى ٢ ابريل سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص ٥٠٣) . انظر ايضا نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عـاما جزء ٢ ص ٨٨٥ .

(١) نقض مدنى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٦٥ صفحة ٣٠١ .

كما قضت محكمة النقض بانه لما كان المقرر فى قضائها — عملا بالمـادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى — أنه اذا كان البيع الصادر من احد المشتاعين قد انصب على جزء مفرز من العقار الشائع وتمت قسمته بعد ذلك بين الشركاء فان القسمة تكون حجة على المشترى ولو لم يكن طرفا فيها ، ويترتب عليها =

كما قضت محكمة النقض بانه اذ نصت المادة ٨٤٣ من القانون المدنى على أن « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ ان تملك فى الشيوع وانه لم يمتلك غيرها شيئا فى بقية الحصص » ، فقد دلت على ان القسمة مقررة أو كاشفة للحق سواء كانت عقداً أو قسمة قضـائية لها أثر رجعى ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ ان تملك فى الشيوع وأنه لم يمتلك غيرها فى بقية الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التى يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع اثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه الحقوق وبوصفها من العقود الكاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن مسجلا(١).

أما بالنسبة الى الغير ، فلا يحتج بالقسمة عليهم الا اذا سجلت(٢).

= فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر اليه ، فاذا وقع القدر المفرز المبيع له فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر ، وأن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى البائع بطريق القسمة ، وخلص القدر المبيع لمن خصص له فى القسمة مطهرا من هذا التصرف وبذلك يصبح استمرار المشترى فى وضع يده على هذا القدر مجردا من السند ويكون لمن اختص به الحق فى استلامه من تحت يد المشترى ، كما يحق ذلك لمن اشتراه ممن اختص به ولو لم يسجل عقده (نقض مدنى فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض السنة ٣٢ رقم ٤١٤ صفحة ٢٢٧٧) .

(١) نقض مدنى فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٧٩ مجموعة احكام النقض السنة ٣٠ العدد ٣ رقم ٣٧٩ صفحة ٢٢٠ .

(٢) ولما كانت القسمة كاشفة من الملكية لا ناقلة لها ، فان رسـوم تسجيلها اقل من رسوم العقود الناقلة للملكية كالبيع .

وقد قضت محكمة النقض بأن الغرض من تسجيل القسمة لأمكان الاحتجاج بها على الغير هو شهرها حتى يكون فى استطاعة هذا الغير ان يعلم وقت صدور التصرف اليه من احد المتقاسمين ما اذا كان العقار موضوع التصرف قد وقع فى القسمة فى نصيب المتصرف او لم يقع (نقض مدنى فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ رقم ٥٨ صفحة ٤١٢) .

كما قضت محكمة النقض بأن من المقرر — وعلى ماجرى به قضـاء هذه المحكمة — ان مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى انه بمجرد =

فاذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها حصته فى العقار شائعة ، وسجل المشترى البيع قبل أن تسجل القسمة ، استطاع المشترى أن يحتج بعقده المسجل على الشركاء . فاذا كان العقار المبيع قد وقع فى حصة شريك غير البائع ، فان المشترى يستطيع أن يحتج عليه بعقد البيع الذى سجل قبل تسجيل عقد القسمة (١) ، أما اذا كان عقد القسمة قد سجل قبل تسجيل عقد البيع ، فان الشريك الذى وقع فى نصيبه العقار يستطيع أن يحتج بعقد القسمة على المشترى ، ومن ثم لا يعتد بالبيع الصادر لهذا المشترى (٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن الغير فى حكم المادة العاشرة من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فى شأن تنظيم الشهر العقارى — وعلى ماجرى عليه قضاء هذه المحكمة — هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، وأما من تلقى من احد الشركاء حقا مفرزا فأنه لايعتبر غيرا لو سبق الى

= حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من اجزاء العقار المقسم ، الا انه لايحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة (نقض مدني فى ٢٨ ابريل سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ رقم ٢٣٨ صفحة ١٣٠٤ — ونقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ رقم ٩٢ صفحة ٤٧٦ — ونقض مدنى فى ٣٠ سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٦٥ صفحة ٣٠١) .

(١) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٩ ص ٨٢١ — ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ — وقرب نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٩٨٧ — وقارن استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٠٥ ص ٢٣٧ .

فيكون للمشترى طلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة له ، ويجوز ان يطلب اجراء قسمة جديدة ، اذ لا يزال العقار شائعا فى حقه، وقد اصبح شريكا على الشيوع فيه (اسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٧) .

(٢) انظر فى اثر سوء النية والتواطؤ فى صحة التسجيل فى العقود الناقلة كالبيع وفى العقود الكاشفة كالقسمة الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٢٩٠ — وقارن اسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٣٦٧ — ص ٢٦٩ .

تسجيل حقه قبل ان تسجل القسمة ، ومن ثم فأن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من احد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه مايترتب عليها فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بمنتهى القسمة (١) .

ولكن اذا كان المتقاسم لا يستطيع أن يحتج على الغير بالقسمة الا اذا سجلت ، فان الغير يستطيع أن يحتج على المتقاسم بالقسمة غير المسجلة . فالمشترى للحصة الشائعة فى المثل الذى قدمناه ، اذا سجل عقد شرائه ، وكانت القسمة لم تسجل ، يكون له الحق ، بالرغم من عدم تسجيل القسمة ، أن يتمسك بها فى مواجهة الشركاء . فقد أصبح بشرائه الحصة الشائعة شريكا معهم ، وله أن يعتبر القسمة غير المسجلة نافذة فى حقه وفى حق سائر الشركاء (٢) .

---

(١) نقض مدنى فى ١٢ فبراير سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض السنة ٣١ رقم ٩٢ صفحة ٤٧٦ .

(٢) والغير هنا ، بمعناه الفنى ، هو كل من تلقى حقا عينيا على العقار وهو لا يزال شائعا ، وقام بتسجيل عقده طبقا للقانون ، وذلك كالمثل الذى اوردناه فى المتن . ويوجد كذلك ، الى جانب الغير بمعناه الفنى ، شخص اجنبى اصلا عن عقد القسمة ، وهذا له ايضا ان يتمسك فى مواجهة الشركاء بعقد القسمة ولو لم يسجل . فاذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها فاختص احدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى ولم تسجل القسمة ، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى ارضه ، وهذا الجار يعتبر اجنبيا اصلا عن القسمة ، لم يجز للشريك الذى وقع فى نصيبه القسم الغربى الأخذ بالشفعة . ذلك ان هذا الشريك قد اعتبر ، بالنسبة الى الجار الملاصق للقسم الشرقى ، مالكا ملكيته مفرزة للقسم الغربى بالقسمة حتى قبل ان تسجل ، ولم يصبح مالكا للقسم الشرقى الملاصق للعقار المشفوع فيه ، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصح له الاخذ بالشفعة ، ويستطيع الجار — وهو أجنبى أصلا عن القسمة كما قدمنا — أن يتمسك عليه بالقسمة غير المسجلة (انظر اسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٥ هامش ١ — وقارن نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص ٨٥١) .

والمشترى لجزء مفرز بعد القسمة لايعتبر من الغير بمعناه الفنى ، فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة ، فاذا اقتسم شريكان ارضا ، واختص كل منهما بجزء مفرز منها ، وقبل تسجيل القسمة باع احد الشريكين نصيبه المفرز =

وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان يترتب على قسمة المال الشائع افراز حصة الشريك فيه بأثر كاشف للحق لا منشىء له وفق ما تقرره المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك على الشيوع وانه لايملك غيرها فى بقيد الحصص ، وأن

=فليس للمشترى هذا النصيب ان يحتج بعدم تسجيل القسمة ، وان الأرض لا تزال على الشيوع ، وانه بشرائه النصيب المفرز قد أصبح مالكا على الشيوع (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣ : انظر نقدا لاسبب الحكم وقد اعتبرت المشترى «غيرا» اسماعيل غانم فقرة ١١٥ ص ٢٦٦ هامش ٢) . ومع ذلك قضت محكمة النقض فى حكم آخر بانه اذا كان التصرف فى الجزء المفرز لاحقا لاجراء قسمة لم تسجل ، فأن الأمر لا يخرج عن احد فرضين : (الأول) ان يكون الشريك البائع قد تصرف فى نصيبه الذى خصص له فى القسمة ، وفى هذه الحالة تكون القسمة حجةعلى المشترى، ولايجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها ، اما على اساس أنه لا يعتبر من الغير لانه قد بنى حقه على اساس القسمة التى تمت لا على اساس أن الشيوع ما زال قائما ، واما على أنه بشرائه الجزء المفرز الذى اختص بـه الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها . (الثانى) ان يقع التصرف على جزء مفرز غير الجزء الذى اختص بـه الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة — فى هذا الحالة لايتلقى المشترى حقه على اساس القسمة اذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع له ، وانما على اساس ان الشيوع مازال قائما رغم اجراء القسمة ، ومن ثم فأن المشترى اذ سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر فى هذا الفرض من الغير ، ولا يحتج عليه بالقسمة التى تمت ، ويكون له اذا لم ينقض هذه القسمة أن يطلب أجراء ١٦ رقم ١٨٤ ص ١١٧٢) .

وكذلك المشترى لجزء مفرز قبل القسمة لا يعتبر من الغير ، ويحتج عليه القسمة غير المسجلة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا قبل القسمة ، ولم يقع هذا الجزء المفرز فى نصيب البائع لـه بموجب القسمة ، ان يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء ذاته ، طالما ان القسمة وان كانت لم تسجل ، تعتبر حجة عليه ، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع لـه بموجب تلك القسمة (نقض مدنى ٢ ابريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١ ص ٥٠٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه يعد غيرا من تلقى حقا عينيا على العقار على اساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة . ولايعتبر المستاجر لقدر من عقار شائع غيرا لانه صاحب حق شخصى (نقض مدنى فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض السنة ٣٥ رقم ٤٠٤ صفحة ٢١٢٨) .

تسجيل القسمة غير لازم فى العلاقة بين المتقاسمين على ماينص عليه قانون الشهر العقارى ، ويعتبر كل متقاسم فى علاقته بزملائه المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة ولو لم تسجل على خلاف الغير الذى لا يحتج عليه بها الا بتسجيلها ، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعن بالرد على ما تمسك به الطاعن بشأن حصول قسمة فعلية لأطيان المورث الأصلى ولم تقع اطيان النزاع ولاجزء منها ضمن ما اختص به مورث المطعون ضده الثانى مع كونه دفاعا جوهريا كان يتعين التصدى له ومناقشته ؛ اذ لو ثبتت القسمة لكان من الجائز ان يتغير وجه الرأى فى الدعوى ، فانه يكون مشوبا بالقصور (١) •

٥٨٥ — النتائج المترتبة على أن القسمة عقد مساواة بناء على الأثر الكاشف وليست عقد مضاربة :

وقد ذكرنا فيما تقدم (٢) من هذه النتائج ثلاثا : نقض القسمة للغبن وعدم استرداد المال المقسوم المتنازع فيه وضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة •

والمقارنة فى كل هذا تقوم بين البيع والقسمة ، فالبيع عقد مضاربة تتغابن فيه الناس عادة ، أما القسمة فعقد مساواة بين المتقاسمين وقد نظمه القانون على أساس هذه المساواة وجعله كاشفا عن الملك لا ناقلا له ، فالملك يؤول بالقسمة الى المتقاسم بمقداره لا بأكثر ولا بأقل •

ويترتب على ذلك ، أولا ، أن الغبن الفاحش غير مسموح به فى القسمة • فان كانت قضائية ، ففى الاجراءات التى تحاط بها والضمانات التى تصحبها ما يكفل منع الغبن الفاحش ، وان كانت اتفاقية ، فقد

---

(١) نقض مدنى فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٧٥ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ رقم ٢٧٦ صفحة ١٤٦٥ •

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٨١ •

رأينا (١) أنه يجوز نقض عقد القسمة للغبن اذا زاد على الخمس ، ولا يمنع نقض العقد الا أن يرفع الغبن كله عن المتقاسم المغبون باكمال مانقص من حصته نقدا أو عينا (م ٨٤٥ مدنى) ، وهذا كله تحقيقا للمساواة ما بين المتقاسمين ، فان غبن أحدهم يخل بهذه المساواة .
أما البيع فالأصل فيه ألا ينقض للغبن ، فهو من عقود المضاربة كما قدمنا ، ويسمح فيه حتى بالغبن الفاحش مادام تراضى المتبايعين خاليا من العيوب وفى حالة استثنائية فى البيع ، حالة بيع عقار من لم تتوافر فيه الأهلية ، يجوز رفع دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن اذا زاد على الخمس ، ولكن حتى فى هذه الحالة يقتصر المشترى على اكمال الثمن الى أربعة أخماس قيمة العقار لا الى قيمة العقار كلها .

ويترتب على ذلك ، ثانيا ، أنه لايجوز استرداد المال المفرز الذى وقع فى نصيب أحد الشركاء بالقسمة اذا كان هذا المال متنازعا فيه . وهذا بخلاف البيع ، فقد نصت المادة ١/٤٦٩ مدنى على أنه « اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » . فالبيع عقد مضاربة ، ومن ثم يعتبر من يشترى الحق المتنازع فيه مضاربا بتصيد شراء الحقوق المتنازع فيها بأبخس الأثمان ليكسب من وراء ذلك الشىء الكثير . فأراد القانون أن يرد عليه قصده . وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من مشتريه المضارب اذا هو رد له الثمن الحقيقى الذى دفعه لصاحب الحق مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع . وليس الأمر مقصورا على البيع ، بل يمتد الى كل نزول عن الحق المتنازع فيه بمقابل ، مادام هذا النزول ناقلا لملكية الحق . أما القسمة فهى كاشفة عن الحق وليست من عقود المضاربة ، ولذلك يمتنع أن يسترد المنازع فى الحق هذا الحق المتنازع فيه اذا آل بالقسمة الى أحد الشركاء . فلو أن

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٤٥ وما بعدها .

حقا متنازعا فيه وقع فى نصيب أحد الشركاء مقوما بأقل من قيمته ، لم يجز لمن عليه الحق أن يسترده من هذا الشريك ويرد له ما قوم به الحق فى القسمة ، وقد منع القانون استرداد الحق المتنازع فيه لو آل الى أحد الشركاء حتى بالبيع لا بالقسمة ، فقد قضت المادة ٤٧٠ مدنى بمنع الاسترداد « اذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر » ، فيكون منع الاسترداد فى القسمة أولى .

ويترتب على ذلك ، ثالثا ، أن ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة ينفرد ببعض أحكام خاصة تميزه عن ضمان التعرض والاستحقاق فى البيع ، وسنبين ذلك فما يلى (١) .

---

(١) وهناك احكام يشترك فيها البيع والقسمة ، لأنها تتعلق بمسائل لا ترجع الى الأثر الناقل أو الأثر الكاشف . من ذلك ان امتياز المتقاسم تسرى عليه احكام امتياز البائع فيما عدا القليل ، واساس امتياز البائع أن البائع قد اضاف بالبيع جديداً الى ذمة المشترى ، اما اساس امتياز المتقاسم فهو ضرورة تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، ومن هذه الأحكام جواز فسخ القسمة لعدم دفع المعدل او لعدم دفع ثمن التصفية أو لعدم دفع التعويض فى ضمان التعويض والاستحقاق . وقد ذهب القضاء الفرنسى الى عدم جواز فسخ القسمة فى هذه الحالات ، ويكتفى بمطالبة المتقاسم المخل بالتزامه أن يفى بهذا الالتزام ، وذلك محافظة على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقض القسمة بالفسخ . وهذا القضاء محل للنظر ، والأولى أن يرد الفسخ على القسمة كما يرد على البيع ، ويترك الأمر فى الحكم بالفسخ الى تقدير القاضى ، وهو الذى يغلب المصلحة الراجحة ، فيقضى بفسخ القسمة أو لا يقضى . وهذه هى القاعدة العامة فى الفسخ ، فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها (الوسيط الجزء الأول ، الطبعة الثالثة المنقحة ، المجلد الأول فقرة ٤٦٨ — اسماعيل غانم فقرة ١٢٢ — حسن كيرة فقرة ١٣٩ ص ٤٧٠ — وقارن استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٧ والحكم يمنع فسخ القسمة جريا على نهج القضاء الفرنسى) .

وانظر فى جواز ابطال القسمة اذا وقعت فى فترة الريبة تطبيقا للمادة ٢٢٨ تجارى ، أسوة بسائر المعاوضات ، فتستوى القسمة مع البيع فى ذلك اسماعيل غانم فقرة ١٢٣ .

المطلب الثـــانى

ضـــمان التعرض والاستحقاق فى القسمة

٥٨٦ — نص قانـــونى :

تنص المادة ٨٤٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قـــد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة فى تقدير الشىء بقيمته يوم القسمة . فاذا كان أحد المتقاسمين معسرا ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » .

« ٢ — غير أنه لا محل للضمان اذا كان هناك اتفاق صريح يقضى بالاعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها . ويمتنع الضمان أيضا اذا كان الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه » (١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن القضاء المصرى كان فى مجموعة يسير على هذه الأحكام .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخـــرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٧٩٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٤٨ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٧٦ — وفى قانون الموجبات والعقود

---

(١) **تاريخ النص :** ورد هـــذا النص فى المــــادة ١٢١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، عـــدا بعض خلافات أهمها ما ورد فى الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى من أنه « لا محل للضمان اذا كان هناك شرط خاص صريح فى سند القســــمة يقضى بالاعفاء من الضمان .. » . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، تحت رقم ٩١٥ فى المشروع النهائى ، بعد ادخال تعديلات طفيفة وحذف عبـــارة « فى سند القسمة » ، فصار النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المـــدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٤٤ « مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٤ — ص ١٢٦ » .

اللبنانى المادة ٩٤٨ — وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٨٤٠ و ٨٤١ و ٨٤٢ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٥٢ (١) ٠

ويتبين من النص سالف الذكر أن كل متقاسم يضمن للمتقاسمين

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الاخرى ٠**
التقنين المدنى السورى م ٧٩٨ (مطابق) ٠
التقنين المدنى الليبى م ٨٤٨ (مطابق) ٠
التقنين المدنى العراقى م ١٠٧٦ (مطابق للفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مصرى) ٠

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٩٤٨ : يضمن كل من الشركاء المتقاسمين انصبة سائر الشركاء للأسباب السابقة على القسمة طبقا للاحكام الموضوعة للبيع ٠ (ويضع القانون اللبنانى أحكاما واحدة لضمان التعرض والاستحقاق فى البيع وفى القسمة) ٠

التقنين المدنى الكويتى م ٨٤٠ : ١ — يضمن كل متقاسم للأخر مايقع فى النصيب الذى اختص به من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ٠ ٢ — فأن استحق نصيب المتقاسم كله أو بعضه ، كان له ان يطلب فسخ القسمة واجراء قسمة جديدة اذا كان ذلك ممكنا دون ضرر لباقى المتقاسمين أو للغير ٠ فان لم يطلب الفسخ أو تعذر اجراء قسمة جديدة كان لمستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين الآخرين بمقدار ما نقص من نصيبه على اساس قيمة الاموال المقسومة جميعا وقت الاستحقاق ٠ ويكون كل متقاسم ملزما بنسبة حصته ، فاذا كان أحدهم معسرا وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين ٠

م ٨٤١ : يضمن المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق بسبب لاحق للقسمة يرجع الى فعله ، ويلتزم بتعويض مستحق الضمان عما نقص من نصيبه مقدرا وقت الاستحقاق ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ٠

م ٨٤٢ : مع عدم الاخلال بماتقضى به المادة السابقة لايكون للضمان محل اذا وجد اتفاق صريح على الاعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها أو كان الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه ٠

(وأحكام التقنين الكويتى تتفق على وجه العموم مع احكام التقنين المصرى باستثناء معيار تقدير التعويض فقد جعل التقنين الكويتى تقديره على اساس القيمة وقت الاستحقاق بينما جعله التقنين المصرى على اساس القيمة وقت القسمة) ٠

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٥٢ : تبطل القسمة اذا استحق المقسوم كله أو جزء شائع منه ويتعين حينئذ اعادة القسمة فيما بقى منها ٠ (وتختلف احكام التقنين الأردنى عن التقنين المصرى فى أنه رتب على استحقاق الاموال المقسومه كلها أو بعضها جزاء بطلان القسمة ووجب اعادتها فى جميع الحالات) ٠

الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو استحقاق فى المال المفرز الذى وقع فى نصيبهم نتيجة للقسمة . ولما كان ضمان التعرض والاستحقاق مفهوما فى البيع وقائما على أنه عقد ناقل للملكية فيجب على البائع أن يضمن للمشترى الملكية التى نقلها له ، فان هذا الضمان فى القسمة ، والقسمة كاشفة لا ناقلة ، يقوم على أساس آخر هو ان القسمة تقتضى المساواة التامة فيما بين المتقاسمين ، فاذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت هذه المساواة ووجب الضمان (١) .

ويجب ، فيما لم يرد فيه نص فى ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة ، أن نرجع الى أحكام ضمان التعرض والاستحقاق فى البيع ، مالم تكن هذه الأحكام تتعارض مع وصف القسمة بأنها كاشفة أو مع تحقيق المساواة ما بين المتقاسمين (٢) .

ويجب الضمان فى كل قسمة ، اتفاقية كانت أو قضائية ، عينية أو قسمة تصفية ، بمعدل أو بغير معدل ، صريحة أو فعلية . ويمتد الضمان للتصرفات المعادلة للقسمة .

ونتكلم فى :

١ — الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والاستحقاق فى القسمة .

٢ — الآثار التى تترتب على تحقق هذا الضمان .

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٧٥ — لذلك قد تكون بعض احكام الضمان فى القسمة اشد من نظيرتها فى البيع ، وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين ، من ذلك جعل المتقاسمين مسئولين عن حصة المعسر منهم فى القسمة ، وتقدير قيمة الشىء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، وعدم جواز الاعفاء من الضمان فى عبارات عامة ، وسنعرض لتفصيل ذلك فيما بعد .

(٢) وقد قضت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، وكان هذا التقنين لا يشتمل على نص فى ضمان التعويض والاستحقاق فى القسمة ، بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣) .

١ — الشروط الواجب توافرها لقيام الضمان •

٥٨٧ — شروط أربعـة :

يشترط لقيام الضمان توافر شروط أربعة :

١ — وقوع تعرض أو استحقاق •

٢ — لسبب سابق على القسمة •

٣ — عدم رجوع الاستحقاق الى خطأ المتقاسم نفسه •

٤ — عدم وجود شرط يعفى من الضمان •

٥٨٨ — الشرط الأول — وقوع تعرض أو استحقاق :

فيجب أن يقع تعرض أو استحقاق ، ولا يكفى أن تكون هناك عيوب خفية فى المال المفرز الذى وقع فى نصيب المتقاسم • والقانون لم يوجب فى القسمة ضمانا للعيوب الخفية كما أوجب فى البيع • ويرجع ذلك الى سببين : أولهما أن الأموال الشائعة اذا كانت فيها عين معيبة ، فلابد من دخول هذه العين فى القسمة ومن وقوعها فى نصيب أحد الشركاء ، فهذا لا يمكن التحرز منه ، ومن ثم لا يكون هناك ضمان خاص للعيوب الخفية فى القسمة • والسبب الثانى أنه يمكن فى القسمة الاتفاقية مواجهة العيوب الخفية بجزاء خاص بالقسمة ، وهو الجزاء الخاص بالغبن • فاذا وقعت عين معيبة فى نصيب أحد الشركاء ، وكان العيب بحيث يلحق بالمتقاسم غبنا يزيد على الخمس ، فان له أن ينقض القسمة للغبن ، الا اذا أكمل ما نقص من حصته بسبب العيب ، على التفصيل الذى أسلفناه فى نقض القسمة للغبن •

والذى يؤخذ من نص المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر أن التعرض والاستحقاق انما يقعان من الغير لا من أحد المتقاسمين أنفسهم ، وهذا ما عرض له النص • أما اذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين ، فانه يجب تطبيق القواعد العامة • وتطبيق هذه القواعد يقتضى أن المتقاسم

يجب أن يمتنع عن التعرض المادى لمتقاسم آخر • فاذا كان فى الاموال الشائعة متجر وقع مفرزا فى نصيب أحد المتقاسمين ، لم يجز لمتقاسم آخر ان يتعرض تعرضا ماديا للمتقاسم الذى وقع فى نصيبه المتجر ، فيقيم متجرا آخر ينافسه ويعمل على جذب عملاء المتجر الاول • وهذا ما يقتضيه مبدأ حسن النية فى تحديد مضمون العقد وتنفيذه (م ١٤٨ مدنى) • أما اذا كان تعرض المتقاسم مبنيا على سبب قانونى ، كان كان فى الأموال التى كانت محلا للقسمه عين مملوكة ملكا خاصا لاحد المتقاسمين وليست شائعة ، فوقعت فى نصيب متقاسم آخر ، كان للمتقاسم المالك لهذه العين أن يستردها منه ، ولا يمنعه من ذلك التزام بالضمان • ذلك أن القسمة كاشفة عن الحق لا ناقلة له ، والمالك للعين لم ينقل ملكيتها بالقسمة للمتقاسم الآخر ، فليس عليه التزام بالضمان • وانما يجوز هنا ابطال القسمة للغلط ، كما يجوز ، بعد ان يسترد المالك العين المملوكة له ، أن يطلب المتقاسم الذى وقعت هذه العين فى نصيبه نقض القسمة للغبن اذا توافرت شروطه ، أو يرجع بضمان الاستحقاق على الوجه الذى سنبينه • وهذه الأحكام عينها هى التى يجب تطبيقها حتى اذا وقعت العين فى نصيب المتقاسم نفسه الذى يملكها ملكا خاصا ، فان لهذا المتقاسم أن يرجع بضمان الاستحقاق على المتقاسمين معه ، كما له أن يطلب ابطال القسمة للغلط ، أو نقضها للغبن (١) •

والتعرض الذى يقع من الغير ، فيوجب ضمان الاستحقاق ، ليس هو التعرض المادى ، فان المتقاسم لا يضمن التعرض المادى الصادر من الغير كما لا يضمنه البائع • وانما يضمن المتقاسمون التعرض

---

(١) انظر فى هذا المعنى بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٠١ — اسماعيل غانم فقرة ١٣٥ مكررة • ويذهب بعض الفقهاء الى ان المتقاسم يضمن تعرضه المبنى على سبب قانونى ، فلا يستطيع استرداد العين المملوكة له ملكا خاصا ، ولا يبقى أمامه الا ابطال القسمة للغلط (بلانيول وريبير ومورى وفيالتون ٤ فقرة ٦٨٦ ص ٩٣٢ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣١٨٧) •

الصادر من الغير اذا كان مبنيا على سبب قانوني . فاذا ادعى شخص استحقاق عين وقعت في نصيب أحد المتقاسمين ، أو ادعى عليها حقا عينيا كحق انتفاع ، أو حقا شخصيا كما لو استأجر العين من المورث شخص بأجر يقل عن أجر المثل ، فان ضمان الاستحقاق يقوم في جميع هذه الأحوال . ويجب أن يقع التعرض فعلا من الغير ، فيدعى حقه ويرفع دعوى بهذا الحق (١) على ان رفع الدعوى أمام القضاء ، وان كان التعرض من الغير يقع به في الغالب ، ليس ضروريا لوقوع التعرض فعلا ، فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع به دعوى . ويتحقق ذلك اذا اعتقد المتقاسم ان الغير على حق فيما يدعيه ، فيسلم له ادعاءه أو يصالحه عليه . ولكن للمتقاسمين المدنيين بالضمان في هذه الحالة أن يثبتوا أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المتقاسم ، وعندئذ يفقد هذا الاخير حقه في الرجوع بالضمان . كذلك يعتبر التعرض واقعا فعلا دون ان ترفع دعوى اذا ملك المتقاسم الدائن بضمان الاستحقاق العين بسبب آخر لا يرجع الى القسمة ، مثل ذلك أن يرث المتقاسم هذه العين من مالكها أو يشتريها منه ، فتكون العين في الواقع من الأمر قد استحقت للمالك الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها منه الى المتقاسم ، ومن ثم تكون العين قد استحقت فعلا فوجب ضمان الاستحقاق .

٥٨٩ — الشرط الثاني — سبب سابق على القسمة :

ويجب أيضا ، لقيام ضمان الاستحقاق ، أن يكون الحق الذي يدعيه الغير حقا يدعى أنه موجود قبل القسمة . وهذا ما تصرح به الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدني سالفة الذكر ، اذ تقول : « يضمن

---

(١) فمجرد علم المتقاسم بأن هناك حقا للغير قد يقع تعرض بسببه لا يكفي لقيام ضمان الاستحقاق ، ولكن يجوز في هذه الحالة للمتقاسم أن يمتنع عن الوفاء بما التزم به بموجب القسمة ، فيحبس ما التزم به من معدل أو الثمن الذي رسا به المزاد عليه ، حتى يزول الخطر .

المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة .. » . فاذا كان سبب الاستحقاق تاليا للقسمة لا قبلها ، فلا ضمان (١) . مثل ذلك أن تنزع ملكية العين من تحت يد المتقاسم للمنفعة العامة ، وذلك بعد تمام القسمة . ومثل ذلك أيضا أن تكون العين التى وقعت مفرزة فى نصيب المتقاسم فى حيازة أجنبى مدة طويلة ولكنها مدة غير كافية ليكسبها الحائز بالتقادم . ففى هذه الحالة تظل العين مملوكة للمتقاسم ، وعليه أن يقطع التقادم . فاذا أهمل فى قطعة حتى تكاملت المدة وأصبحت العين مملوكة للحائز ، فأن المتقاسم لا يرجع بضمان الاستحقاق ، لأن سبب الاستحقاق وهو التقادم قد تحقق بعد القسمة لا قبلها ، والضمان لا يقوم الا لسبب سابق على القسمة (٢) كما قدمنا . وسنرى فيما يلى أن هذا الفرض الذى نحن بصدده لا يقوم فيه الضمان لسبب آخر ، هو أن الاستحقاق راجع الى خطأ المتقاسم لأنه أهمل فى قطع التقادم واسترداد العين .

أما اذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم قبل القسمه فصارت العين مملوكة له قبل أن تقع بالقسمة فى نصيب المتقاسم ، فان ضمان الاستحقاق يقوم فى هذا الفرض لان سبب الاستحقاق وهو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة ، فكان الاستحقاق راجعا لسبب سابق على القسمة . ويلحق بهذا الفرض ما اذا كان الحائز وقت القسمة قد قارب استكمال مدة التقادم ، بحيث لم يبق الا وقت قصير لا يتمكن فيه المتقاسم من اتخاذ اجراءات تقطع التقادم . فاذا كان الحائز قد وضع

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بألا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعويض او استحقاق الا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة ، فيمتنع الضمان اذا كان التعرض او الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة (نقض مدنى ٢٦ ابريل سنة ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص ٥٠٦) .

(٢) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٤٣ — لوران ١٠ فقرة ٤١٢ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٠٦ .

يده على العين مدة خمس عشرة سنة الا شهرا مثلا ، ثم وقعت العين بالقسمة فى نصيب المتقاسم ، فان المتقاسم لا يتيسر له فى الشهر الباقى لتمام مدة التقادم أن يكشف عن هذا الوضـــع وأن يتخذ الاجــراءات اللازمة لقطع التقادم . فيكون الحق الذى يتمسك به الغـير فى هـــذا الفرض فى حـكم الثابت قبل القســـمة ، ومن ثم يقــوم ضـــمان الاستحقاق (١) .

٥٩٠ — الشرط الثالث — عدم رجوع الاستحقاق الى خطأ المتقاسم نفســـه :

وتقول العبـــارة الأخيرة من الفقرة الثـــانية من المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر : « ويمتنع الضمان أيضا اذا كان الاســتحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه » . وقد رأينا فيما تقدم (٢) مثلا لاستحقاق يرجع الى خطأ المتقاسم ، فيما اذا كانت العين التى وقعت فى نصيبه فى حيازة حائز لم يستكمل مدة التقادم ، وأهمل المتقاسم فى قطع المدة واسترداد العين حتى اكتملت مدة التقادم وأصبحت العين مملوكة للحائز (٣) .

ويكون سبب الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم أيضا ، اذا رفع عليه الغير دعوى الاستحقاق فتولى وحده الدفاع فى الدعوى ، دون أن يدخل المتقاسمين فيها ، وأهمل التمسك بدفع كان يؤدى الى رفضـــها ، فيفقد فى هذا الفرض حقه فى الضمان (٤) . وقد قيس هذا الفرض على الفرض المنصوص عليه صراحة فى ضمان الاستحقاق فى البيع ، اذ تنص

---

(١) اوبرى ورو ١٠ فقرة ٦٢٥ هامش ٣٥ — اسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٦ وهامش ٢ — انظر عكس ذلك دى باج وديكارز ٩ فقـــرة ١٤٣٣ ص ١٠٦٤ — وقارن بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤٠٧ ص ٧١٦ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٨٩ .

(٣) وتقول المذكرة الايضـــاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ويسقط الضمان كذلك اذا كان سببه راجعا الى خطأ المتقاسم ، كأن اهمل فى قطع التقادم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٢٨) .

(٤) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٣٥ — لوران ١٠ فقرة ٣٥٦ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٤ .

المادة ٤٤٠ /٣ مدنى على ما يأتى : « واذا لم يخطر المشترى البائع بالدعوى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الامر المقضى ، فقد حقه فى الرجوع بالضمان اذا أثبت البائع ان تدخله فى الدعوى كان يؤدى الى رفض دعوى الاستحقاق » • ويفقد المتقاسم حقه فى الضمان حتى لو كان الدفع الذى أغفل التمسك به هو الدفع بالتقادم ، بان كان حائزا للعين وتملكها بالتقادم ، ولكنه اغفل التمسك بهذا الدفع أطاعه نوحى ضميره • فقد كان عليه أن يدخل المتقاسمين الاخرين فى الدعوى ، وكانوا هم يتولون عنه الدفع بالتقادم ، فلا يضطر أن يتمسك شخصيا بهذا الدفع (١) • كذلك يكون سبب الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم ، اذا تولى وحده الدفاع فى دعوى الاستحقاق المرفوعه عليه من الغير ولم يدخل المتقاسمين الاخرين ، وأقر بالحق أو انتهج سبيلا للدفاع أدى الى خسارته للدعوى ، اذا اثبت المتقاسمون الاخرون ان الغير لم يكن على حق فى دعواه ، وذلك قياسا على المادة ٤٤١ مدنى الواردة فى ضمان الاستحقاق فى البيع •

٥٩١ — الشرط الرابع — عدم وجود شرط يعفى من الضمان :

وتقول العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدنى سالفة الذكر : « غير أنه لا محل للضمان اذا كان هناك اتفاق صريح يقضى بالاعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها •• » • ويحسن أن نضع الى جانب هذا النص المقابل فى ضمان الاستحقاق فى البيع ، لنبين أن المشرع قد توخى فى القسمة أن يكون أكثر تشددا فيما يتعلق بالاعفاء من الضمان ، فاشترط ، على خلاف البيع ، أن يكون شرط الاعفاء صريحا وواردا على الحالة الخاصة التى نشأ عنها الضمان • فقد نصت المادة ٤٤٥ مدنى ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فى البيع ، على ما يأتى « ١ — يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو

---

(١) ديمولومب ١٧ فقرة ٣٥٥ — لوران ١٠ فقرة ٣٥٦ — بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٤ — اسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٧ هامش ٢ .

أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان • ٢ — ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضــمان اذا كان هذا الحق ظاهرا ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى • ٣ — ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق الأجنبى » •

ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان ، سواء فى البيع أو فى القسمة ، ليست من النظام العــام ، فيجــوز الاتفاق على تعديلهــا ، بالزيادة أو النقص أو الاسقاط •

ومثل الاتفاق على زيادة الضمان اشتراط ضمان نزع ملكية العين بعد القسمة أو بعد البيع ، واشتراط ضمان يسار المدين عند الوفاء •

ومثل الاتفاق على انقاص الضمان اشتراط عدم ضــمان حقــوق الارتفاق فى القسمة أو فى البيع ، ويقع باطلا كل شرط يسقط الضــمان أو ينقصه اذا كان البائع أو كان المتقاسمون قد تعمــدوا اخفــاء حق الارتفاق • ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشا واشترطوا عدم مسئوليتهم عنه ، ولا يجوز طبقا للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية عن الغش حتى لو كانت المسئولية عقدية • ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع أو المتقاسمين قد اشترطوا عدم الضمان اذا كان هذا الحق ظاهرا ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشترى • فيكفى اذن أن يكون المشترى أو المتقاسم عالما بحق ارتفاق قائم على العقار ، ويكون علمه آتيا من طريق ظهور هذا الحق أو الابانة عنه ، حتى يكــون هذا العلم بمثــابة شرط بعــدم الضــمان • وكان الأصــل أن هذا العلم وحده لا يكفى ، بل يجب أن يشترط عدم الضمان ، ويكون الشرط صريحا فيما يتعلق بالقسمة (١) •

بقى الاتفاق على اسقاط الضمان • ففى البيع يجوز للبائع اعفاء نفسه من الضمان بعبارة عامة لا يذكر فيها سبب الاســتحقاق بالذات

---

(١) انظر فى هذه المسألة الوســيط الجزء الرابع ، الطبعة الثــانية المنقحة فقرة ٣٥٨ •

الذى يريد اعفاءه منه ، ويصح أن يكون الشرط صريحا أو ضمنيا . واذا أراد البائع اعفاء نفسه ، لا فحسب من التعويض ، بل أيضا من دفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، فانه يكفى أن يشترط ولو ضمنيا اسقاط الضمان ويثبت فى الوقت ذاته أن المشترى كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو يثبت أن المشترى عندما قبل شرط اسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أى عالما بأن البيع احتمالى وقد أقدم عليه مخاطرا (١) . أما فى القسمة ، فقد تشدد المشرع كما قدمنا ، واشترط للاعفاء من الضمان أولا أن يكون شرط الاعفاء صريحا فلا يكفى الشرط الضمنى (٢) ، واشترط ثانيا أن يذكر فى شرط الاعفاء سبب الاستحقاق بالذات المراد الاعفاء من ضمانه ، وذلك كله تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين (٣) . وليس ضروريا أن يرد الشرط الصريح بالاعفاء من

---

(١) انظر فى ذلك الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٣٥٩ .

(٢) ومن باب أولى لا يكفى مجرد العلم بسبب الاستحقاق ، اذا لم يوجد شرط صريح بالاعفاء من الضمان . وقد كان الحكم ، فى عهد التقنين المدنى السابق على خلاف ذلك ، فكان مجرد علم المتقاسم بسبب الاستحقاق يجعل رجوعه على المتقاسمين الآخرين مقصورا على قيمة ما استحق وقت القسمة ، دون الرجوع بالتعويض ، قياسا على ان البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشترى عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق . وقد قضت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم . وعلى ذلك فالمتقاسم الذى يعلم وقت القسمة ان ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق لسبب احيط به علما من طريق من تقاسم معه أو من أى طريق آخر ، لا يسوغ له فى حالة الاستحقاق أن يرجع على قسيمه الا بقيمة ما استحق وقت القسمة ، لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة فى عقد القسمة يقابل تعيين الثمن فى عقد البيع . والمقرر فى عقد البيع ، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ من القانون المدنى ، ان البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشترى عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق ، وانه مع هذا العلم لا حاجة الى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشترى الرجوع على البائع بأى تعويض فى حالة الاستحقاق (نقض مدنى ١٠ اكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص ٨٨٤) .

(٣) وهذا هو ايضا الحكم فى القانون الفرنسى ، فيشترط ان يكون شرط الاعفاء من الضمان صريحا وخاصا (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٠ — فقرة ٣٤١١) .

الضمان فى سند القسمة ذاته ، بل يصح أن يكون فى ورقة مستقلة أو فى مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة ٨٤٤ / ٢ من القانون المدنى ، انه لا محل للضمان فى القسمة اذا وجد شرط صريح فى العقد يقضى بالاعفاء من الضمان وذكر فى هذا الشرط سبب الاستحقاق بالذات المراد الاعفاء من ضمانه (٢) .

٢ — الآثار التى تترتب على تحقق الضمان

٥٩٢ — الأحوال التى يرجع فيها المتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان :

اذا تعرض الغير للمتقاسم على الوجه الذى بسطناه ، فالأولى بالمتقاسم أن يدخل المتقاسمين الآخرين ضامنين فى الدعوى ، وذلك على التفصيل الذى أوردناه فى ضمان التعرض فى البيع (٣) . ويتضح من ذلك أن المتقاسم ، كالبائع ، يرجع بالتعويض على المتقاسمين ، اذا استحقت العين التى وقعت فى نصيبه (٤) ، فى احدى الأحوال الآتية :

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٢ — اسماعيل غانم فقرة ١٣٦ ص ٣١٨ وهامش ٢ — وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٤٤ يشترط أن يكون الاعفاء من الضمان واردا فى سند القسمة ذاته ، فحذفت لجنة المراجعة هذا الاشتراط (انظر آنفا فقرة ٥٨٦ فى الهامش) .

واذا ورد شرط الاعفاء من الضمان صحيحا على الوجه الذى بسطناه ، سقط الضمان ، ولكن هذا لا يمنع المتقاسم من طلب نقض القسمة للغبن اذا توافرت شروطه (بودرى وفال فى المواريث ٣ فقرة ٣٤١٣) .

(٢) نقض مدنى فى أول أبريل سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ رقم ١٤٢ صفحة ٧٢٨ .

(٣) انظر فى هذه المسألة الوسيط الجزء الرابع الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٣٤٥ — فقرة ٣٥٠ .

(٤) ويسقط بالتقادم الالتزام بالضمان فى القسمة بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق (عبد المنعم البدراوى فقرة ١٦٥ — قارن محمد على عرفة فقرة ٣١٩ ص ٤٥٣ ومحمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٣٣ ص ٢٤٠ ويذهبان الى أن التقادم يسرى من وقت تمام القسمة) .

١ — اذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فتدخل المتقاسمون ولكنهم لم يفلحوا فى دفع دعوى المتعرض •

٢ — اذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون فى الدعوى ، وحكم للمعترض ، ولم يستطع المتقاسمون اثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان أو خطأه الجسيم •

٣ — اذا أخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل المتقاسمون فى الدعوى ، واقر المتقاسم الدائن بالضمان بحق المتعرض أو تصالحه معه ، ولم يستطع المتقاسمون الآخرون اثبات أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه •

٤ — اذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الاستحقاق ، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم فى الدعوى كان يؤدى الى رفضها •

٥ — اذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه (١) •

فاذا وجب للمتقاسم على المتقاسمين الآخرين ضمان الاستحقاق فى حالة من الأحوال المتقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (أ) فاما أن يكون الاستحقاق استحقاقا كليا ، فيجب على المتقاسمين الآخرين دفع تعويض كامل للمتقاسم الدائن بالضمان على النحو الذى سنبينه • (ب) أو أن يكون الاستحقاق استحقاقا جزئيا ، فيجب على المتقاسمين الآخرين أن يدفعوا للمتقاسم الدائن بالضمان تعويضا بقدر الضرر الذى أصابه على التفصيل الذى سنذكره • (ج)

---

(١) انظر فى كل ذلك الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٣٥١ •

أو أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد دفع للمتعرض شيئا فى مقابل حقه صلحا أو اقرارا بهذا الحق ، فيجب على المتقاسمين الآخرين ، اذا أرادوا أن يتخلصوا من ضمان الاستحقاق ، أن يردوا للمتقاسم الدائن بالضمان ما أداه للمتعرض • ونستعرض كلا من هذه الفروض الثلاثة •

٥٩٢ — الفرض الأول — الاستحقاق الكلى :

المفروض هنا أن العين التى وقعت فى نصيب المتقاسم الدائن بالضمان قد استحقت استحقاقا كليا ، بأن استطاع الأجنبى المتعرض أن يثبت ملكيته لها وأن يستردها من تحت يد المتقاسم • فعند ذلك يرجع المتقاسم ، لا بنقض القسمة كما فى الغبن ، ولا بفسخها ، ولكن بالتعويض على الوجه الذى يرجع به المشترى فى ضمان استحقاق المبيع ، وعلى ذلك يتكون التعويض من عنصرين أساسيين (١) •

أولا — قيمة العين المستحقة وقت القسمة • ويلاحظ أن المشترى فى البيع يرجع على البائع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق ، أما فى القسمة فيرجع المتقاسم الدائن بالضمان كما قدمنا على المتقاسمين الآخرين بقيمة العين وقت القسمة • وقد رأينا الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدنى تقول : « ويكون كل منهم (من المتقاسمين) ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة فى تقدير الشيء بقيمته يوم القسمة • فاذا كان أحد المتقاسمين معسرا ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » • والسبب فى التمييز بين البيع والقسمة على هذا النحو واضح • فالبيع عقد مضاربة يتعرض فيه المشترى للربح والخسارة ، ومن ثم يستحق قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع ، فان زادت القيمة ربح وان قلت خسر ، وطبيعة عقد البيع تسمح بذلك • أما القسمة فقد روعى فيها المساواة التامة بين المتقاسمين ، ولذلك يتقاضى المتقاسم مستحق الضمان قيمة

---

(١) انظر م ٤٤٣ مدنى فى البيع •

العين وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، فلا يعرض نفسه لا للربح ولا للخسارة ، ويتساوى مع سائر المتقاسمين وقت أن أجريت القسمة بينهم . فاذا فرضنا أن قيمة العين وقت القسمة ١٥٠٠ ، وكان عدد المتقاسمين خمسة حصصهم متساوية ومنهم المتقاسم مستحق الضمان ، تحمل هذا الأخير نصيبه فى هذه القيمة وهو ٣٠٠ ، ورجع بالباقى وهو ١٢٠٠ على المتقاسمين الأربعة الآخرين فيدفع له كل منهم ٣٠٠ . فاذا أعسر واحد من الأربعة اعسارا كليا ، تحمل المتقاسم مستحق الضمان هو والمتقاسمون الثلاثة الباقون القدر الذى يلزم المتقاسم المعسر وهو ٣٠٠ ، فيتحمل كل من هؤلاء المتقاسمين الأربعة ٧٥ . ومن ثم يرجع المتقاسم مستحق الضمان على كل من المتقاسمين الثلاثة غير المعسرين بمبلغ ٣٧٥ : ٣٠٠ نصيبه الأصلى و ٧٥ حصته فى نصيب المعسر . فيتقاضى المتقاسم مستحق الضمان من الثلاثة مبلغ ١١٢٥ (٣٧٥ × ٣)، ويتحمل هو الباقى وهو مبلغ ٣٧٥ (١٥٠٠ — ١١٢٥) ، فيكون بذلك قد تحمل حصته فى نصيب المعسر وهى ٧٥ .

ثانيا — ملحقات قيمة العين ، وهى الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت القسمة ، وقيمة الثمار التى ألزم المتقاسم مستحق الضمان بردها للمتعرض ، والمصروفات النافعة التى لا يستطيع المتقاسم مستحق الضمان أن يلزم بها المتعرض وكذلك المصروفات الكمالية اذا كان المتقاسمون الآخرون سيئى النية ، وجميع مصروفات دعوى الضمان ، ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المتقاسم مستحق الضمان يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المتقاسمين الآخرين بالدعوى ، وبوجه عام تعويض المتقاسم مستحق الضمان ما لحقه من خسارة (١) . ويلاحظ أن القسمة هنا تختلف عن البيع من وجهين : ١ — أن المشترى يتقاضى من البائع ، الى جانب ما لحقه من خسارة ، مقدار ما فاته من

---

(١) انظر المادة ٤٤٣ مدنى فى ضمان الاستحقاق فى البيع والوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٣٥٢ .

كسب بسبب استحقاق المبيع • أما فى القسمة فالمتقاسم مستحق الضمان يتقاضى ما لحقه من خسارة دون ما فاته من كسب ، لأن القسمة لا يقصد بها المضاربة كالبيع • ٢ — أن المتقاسم مستحق الضمان يستنزل من الملحقات التي تقدم ذكرها نصيبه هو فيها ، ويرجع بالباقى على المتقاسمين الآخرين ، وهذا ما تقتضيه طبيعة القسمة بخلاف ما تقتضيه طبيعة البيع •

٥٩٤ — الفرض الثانى — الاستحقاق الجزئى :

لم يفصل المشرع فى القسمة ، كما فصل فى البيع ، أحكام ضمان الاستحقاق ، بل اكتفى بالقول بأن يكون كل من المتقاسمين « ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان » • أما فى البيع ، فيما يتعلق بالاستحقاق الجزئى ، فقد نصت المادة ٤٤٤ مدنى على ما يأتى : « ١ — اذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشترى من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له ان يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة (المبالغ الواجب دفعها فى حالة الاستحقاق الكلى) ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه • ٢ — فاذا اختار المشترى استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقته لم تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له الا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق » • وتختلف القسمة عن البيع فى هذه المسألة • فان المشترى ، فى حالة البيع ، يفتح له باب الخيار المذكور فى النص ، فيرد ما بقى من المبيع الى البائع أو يستبقيه • أما فى القسمة فنرى أنه يصعب فتح باب الخيار للمتقاسم ، فالمتقاسمون لم ينقلوا له ملكية حتى يضمنوها على الوجه المبين فى النص ، هذا الى أن رد الباقى من العين معناه فسخ القسمة واجراء قسمة جديدة وهذا أمر غير مرغوب فيه الا للضرورة • لذلك نرى الاقتصار ، فى الاستحقاق الجزئى فى القسمة ، على التعويض ، وليس للمتقاسم أن يرد ما بقى من العين •

ويتحقق الاستحقاق الجزئى بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من

العين شائع أو مفرز ، وقد يتبين أنه قد ترتب على العين حق انتفاع أو حق ارتفاق أو أن هناك حق ارتفاق ذكر أنه مترتب لمصلحة العين وظهر بعد ذلك أنه غير موجود ، ففي جميع هذه الأحوال يكون هناك استحقاق جـــــزئى •

فاذا استحقت العين استحقاقا جزئيا على الوجه المتقـــدم ، فان للمتقاسم أن يرجع على بقية المتقاســمين بالتعويض عما أصـــــابه من خسارة ، ولكن لا يرجع عليهم ، كما يرجع البائع ، بالتعويض عما فاته من كسب • ويجب هنا أيضا تطبيق ما سبق أن قررناه فى الاســـتحقاق الكلى ، من أن العبرة فى تقدير العين بقيمتها يوم القســـــمة ، ومن أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم بقدر حصته فى التعويض ، ومن أنه اذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذى يلزمه على مســـتحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين •

٥٩٠ ـــ الفرض الثالث ـــ رد ما أداه المتقاسم للمعترض :

تنص المادة ٤٤٢ مدنى ، فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فى البيع ، على أنه « اذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شىء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضــــــمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » • والمفروض هنا أن المشـــــترى توقى الحـــكم باستحقاق المبيع استحقاقا كليا أو استحقاقا جزئيا ، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك فى مقابل مبلغ من النقود أو فى مقابل شىء آخر يؤديه له • فيثبت القانون عندئذ للبائع نوعا من الاسترداد يستطيع بموجبه أن يكفى نفسه نتائج الضمان ومؤونة التعويضــــات ، بأن يرد للمشـــترى ما أداه للمتعرض مع الفوائد القـــانونية وجميع المصروفات ، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق • وليس للمشترى أن يشكو ، فقد استطاع أن يستبقى المبيع سالما من الاســـتحقاق فى مقابل أداه للمتعرض ، فاذا استرد من البائع قيمة هذا المقابل ، فانه يكون بذلك قد استبقى المبيع

واسترد خسارته ، فلم ينله أي ضرر (١) .

ونرى أنه يجوز تطبيق هذا الحكم ، بطريق القياس ، فى ضمان الاستحقاق فى القسمة . فالحكمة متحققة ، بل ان القسمة أولى من البيع بالابقاء عليها عن هذا الطريق الميسر (٢) .

وحتى يكون للمتقاسمين الآخرين حق الاسترداد ، يجب أن يتفق المتقاسم مستحق الضمان مع المتعرض على تفادى استحقاق العين استحقاقا كليا أو جزئيا بأن يدفع المتقاسم للمتعرض مبلغا من المال فى مقابل نزول المتعرض عن ادعائه . وهذا الاتفاق يكون فى الغالب صلحا ، ولكن هذا الصلح يعتبر بالنسبة الى بقية المتقاسمين استحقاقا للعين فيجب عليهم الضمان ، وان كانوا يستطيعون التخلص منه فى مقابل أن يردوا للمتقاسم مستحق الضمان المبلغ الذى دفعه للمتعرض وفوائده القانونية من يوم الدفع وكذلك مصروفات الصلح الذى تم بين المتقاسم والمتعرض . ويلاحظ هنا ، فى القسمة ، أن المتقاسم مستحق الضمان يساهم فى ذلك ، فيستنزل نصيبه فى هذا المبلغ بقدر حصته . ولا يختار المتقاسمون استعمال حق الاسترداد الا اذا وجدوا أن المبلغ الذى سيردونه للمتقاسم مستحق الضمان أقل من التعويضات التى كانوا يدفعونها بسبب ضمان الاستحقاق ، وبفرض أن حق المتعرض لا يمكن دفعه .

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المتقاسم مستحق الضمان والمتعرض صلحا لا يدفع فيه المتقاسم للمتعرض مبلغا من النقود . فقد يكون المستحق حق ارتفاق للعين ينكره المتعرض ، فيتفق معه المتقاسم

---

(١) أنظر فى هذه المسألة الوسيط الجزء الرابع ، الطبعة الثانية المنقحة فقرة ٣٥٤ .

(٢) ويمكن القول بوجه عام ان احكام ضمان الاستحقاق فى البيع هى الأحكام العامة الواجبة التطبيق فى ضمان الاستحقاق فى جميع المعاوضات ، ومنها القسمة ، ما لم يتعارض حكم منها مع طبيعة العقد ومقوماته الخاصة .

على أن يكف عن انكاره فى نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على العين ، وفى هذه الحالة لا يتخلص المتقاسمون الآخرون من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، الا اذا دفعوا للمتقاسم مستحق الضمان قيمة حق الارتفاق الجديد الذى أنشىء على العين والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت انشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح، وذلك كله بعد استنزال نصيب المتقاسم مستحق الضمان فى هذه المبالغ بنسبة حصته كما سبق القول (١) .

---

(١) والمفروض فى استعمال المتقاسمين الآخرين لحق الاسترداد على النحو الذى قدمناه أن يكون المتقاسم مستحق الضمان قد اتفق مع المتعرض ، وتوقى باتفاقه هذا استحقاق العين . أما اذا ترك المتقاسم المتعرض يسير فى دعوى الاستحقاق دون أن يتفق معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلى مثلا فاسترد العين من تحت يد المتقاسم ، ثم اتفق المتقاسم مع المستحق على أن يعيد اليه العين بعقد جديد ، بيع أو مقايضة أو غير ذلك ، فان ضمان الاستحقاق يكون واجبا على المتقاسمين الآخرين ، ولا يستطيع هؤلاء أن يتوقوه بأن يدفعوا للمتقاسم مستحق الضمان الثمن الذى دفعه هذا الأخير فى البيع الجديد أو قيمة العين التى قايض بها . فضمان الاستحقاق يبقى فى ذمة المتقاسمين الآخرين ، وتسرى عليه الأحكام التى بسطناها فيما تقدم . وعلاقة المتقاسم مستحق الضمان بالمتعرض يحكمها العقد الجديد الذى تم بينهما والذى بموجبه أعاد المتعرض العين للمتقاسم ، وليس فى هذا الا تطبيق للقواعد العامة .

الفصـــــل الثـــانى

الشـــــيوع الاجبـــارى

(Copropriété avec indivision forcée)

٥٩٦ — نص قانــــونى :

تنص المادة ٨٥٠ مدنى على ما يأتى :

« ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته ، اذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع (١) » .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحـكام كان معمولا بها .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخـرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨٠٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٥٤ — وفى التقنين المدنى العراقى لمادة ١٠٨١ — وفى قانون الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٨٤٢ — وفى التقنين المدنى الكويتى المـادة ٨٤٧ — وفى التقنين المدنى الأردنى ١٠٦٠ (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هـذا النص فى المـادة ١٢٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجـديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩١٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤١ — ص ١٤٢) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٨٥٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٥٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٨١ (موافق) .

قانون الموجبات والعقود اللبنانى م ٨٤٢ : لا يجوز طلب القسمة اذا كان موضوع الشركة اشياء لا تبقى بعد قسـمتها صـالحة للاسـتعمال المعدة له .

(وأحكام القانون اللبنانى موافقة لأحكام القانون المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٤٧ : اذا تبين من الغرض الذى أعد له المال =

ويؤخذ من النص سالف الذكر أن الشيوع الاجبـارى يختلف عن الشيوع العادى الذى بسطنا أحكامه فيما تقدم ، فى أن الشيوع الاجبارى لا يجوز لأى من الشركاء طلب القسمة فيه . ذلك أن الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى دائما على الشيوع . مثل ذلك قنطـرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام ، أو طـريق مشترك أو ممر مشترك لملاك متجاورين ، أو فناء مشترك يفصل ما بين ملكين متجاورين ، أو بئر مشترك ، أو مغسل مشترك ، أو ترعة مشتركة، أو مصرف مشترك (١) . ومثل ذلك أيضا الحائط المشترك ، والأجـزاء المشتركة فى ملكية الطبقات (٢) .

= الشائع انه يجب أن يبقى شائعا فليس للشريك ان يطلب قسـمته ولا أن يتصرف فى حصته تصرفا يتعارض مع ذلك الغرض .

(والتقنين الكويتى يتفق فى حكمه مع التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٦٠ : مع مراعاة ما جاء بالمـادتين ١٠٤٣ و ١٠٤٤ من هذا القانون ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسـمته اذا تبين من الغرض الذى خصص له هذا المال انه يجب أن يبقى دائما على الشيوع .

(والتقنين الأردنى يتفق فى حكمه مع التقنين المصرى) .

(١) ومن أهم أحوال الشيوع الاجبارى « حالة الجوار اذا كان الشيوع نتيجة تبعية لعقارات متجاورة ومتلاصقة ومملوكة لغير مالك واحد ، وكان من اللازم انشاء طريق لها يستفيد به أصحاب العقارات فى اسـتغلالها أو ترك محل فسيح بينها بمثابة حرم لها ، بحيث تعتبر هذه المماشى والميـادين المتروكة مخصصة جميعها للمنفعة الخاصة للمالكين » (تنا الجزئية ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٤٨ ص ٩٥) . وقرب اسـتئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٣٩ .

وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما اذا كان المال الشـائع لا تمكن قسمته دون اخلال بالغرض الذى أعد له هذا المال (نقض فرنسى ٢١ أكتوبر سـنة ١٨٨٩ داللوز ٩١ — ٥ — ٤٣٥ — بلانيول وريبير وبيكـار ٣ فقرة ٢٩٣) .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمـال التحضيرية ٦ ص ١٤١ .

وما قدمناه من الشيوع الاجبارى هو الشيوع الاجبارى التبعى ، لأن الشىء المشترك تابع للمكيات مفرزة وقد أعد لخدمتها . وهناك شيوع أجبارى أصلى له شىء اصـلى لا تابع مخصـص لخدمة جماعة على وجـه دائم ، وذلك كالمبانى والمرافق التى تقام فى الجبانات (أما أراضى الجبانات فهى من =

٥٩٧ — طبيعة حق الشريك فى الشيوع الاجبارى وأحكام هذا الشيوع :

واذا أخذنا أحد الأمثلة التى قدمناها فى الشيوع الاجبارى ، الطريق المشترك بين مالكين مجاورين له ، لنبحث طبيعة حق كل شريك فى هذا الطريق ، كان علينا أن نختار بين أحد وضعين . الوضع الأول أن يكون نصف هذا الطريق مملوكا ملكية مفرزة للمالك المجاور لهذا النصف ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور فى النصف الآخر ، وهذا النصف الآخر مملوكا أيضا ملكية مفرزة للمالك المجاور له ولهذا المالك حق ارتفاق بالمرور فى النصف الأول . والوضع الثانى أن يكون الطريق بأجمعه مملوكا ملكية شائعة للمالكين المجاورين لكل منهما النصف فى الشيوع ، ونظرا لما أعد له هذا الطريق من عرض مشترك يكون الشيوع اجباريا ولا تجوز القسمة . وهذا الوضع الثانى ، الملكية الشائعة شيوعا اجباريا. هو الوضع الصحيح (١) ، وتترتب عليه نتائج هامة نذكر منها :

١ — اذا فصل الطريق المشترك بين بنائين ، فلمالك كل بناء أن يفتح مطلا مواجها على بناء جاره . والمسافة التى يتركها هى متران من حافة الطريق الملاصقة لأرض الجار ، لا من منتصف الطريق كما ينبغى أن يكون الأمر لو أن الوضع كان ملكية مفرزة لنصف الطريق مصحوبة

= الأموال العامة والبناء عليها يكون بترخيص ادارى) ، وكذلك صور الأسرة ووثائقها والأوسمة وما الى ذلك (محمد كامل مرسى فقرة ١٧٣ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٨ — اسماعيل غانم فقرة ١٤٣ ص ٣٣١) .

(١) استئناف مختلط ١٨ ابريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٥ — نقض فرنسى ١٣ مارس سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٤ — ١ — ١٤٨ — أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢١ ثالثا ص ٥٥٩ — بودرى وشوفو فقرة ٢٧٤ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ ص ٢٨٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٥٦ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٤٣ — فقرة ١٠٤٤ — مازو ٢ فقرة ١٣١٦ — كاربونييه ص ٩٣ — محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٣ — شفيق شحاته فقرة ١٥١ ص ١٧٥ هامش ٢ — محمد على عرفة فقرة ٣٤٥ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٦٩ وفقرة ١٧١ — اسماعيل غانم فقرة ١٤٤ — حسن كيرة فقرة ١٧١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧٣ .

بحق ارتفاق بالمرور (١) •

٢ — لا يسقط حق المالك المجاور بعدم استعمال الطريق ، كما كان ينبغي أن يسقط لو أن له فقط حق ارتفاق بالمرور فى النصف الثاني من الطريق (٢) •

٣ — لا يسرى على حق المالك المجاور بعض أحكام خاصة بحقوق الارتفاق وكانت تسرى لو أن حقه كان حق ملكية مفرزة مصحوبة بحق ارتفاق بالمرور • ومن هذه الأحكام الخاصة التى لا تسرى ما نصت عليه المادة ١٠٢٨ مدنى من أنه « ١ — ينتهى حق الارتفاق اذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق • ٢ — ويعود اذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحق ، الا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » • ومنها أيضا ما نصت عليه المادة ١٠٢٩ مدنى من أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (٣) •

واذ تقرر أن الطريق المشترك ، فى المثل الذى قدمناه ، شائع شيوعا اجباريا ، فان هذا الشيوع الاجبارى يختص بأحكام نذكر منها ما يأتى :

١ — لا يجوز التغيير فيما أعد له الطريق من غرض الا بموافقة جميع الشركاء ، ولا يجوز لأحد منهم أن ينفرد بادخال تعديل فى الطريق

---

(١) نقض مدنى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠ — نقض فرنسى ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٢٤٤ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ •

(٢) نقض فرنسى ٢٥ أبريل سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٦ — ١ — ٣٩٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٤ •

(٣) انظر أيضا ، بين الأحكام الخاصة بحق الارتفاق ومن ثم لا تسرى ، م ٢/١٠٢٠ مدنى وم ٢/١٠٢٣ مدنى •

يكون من شأنه أن يعطل هذا الغرض ، حتى لو كان الذى يقوم بهــذا التعديل مالك له بنــاءان على حافتى الطريق مواجهان أحدهمــا للآخر وكان التعديل مقصورا على الجزء من الطريق الذى يفصل ما بين هذين البنائين (١) .

٢ — تكون نفقات صــيانة الطريق ، ليبقى مؤديا للغرض الذى أعد له ، على الشركاء ، بنسبة مصلحة كل منهم .

٣ — يجوز لأى من الشركاء أن يتحلل من التزامه العينى بالمساهمة فى نفقات صيانة الطريق ، وذلك بتركه (abandon) حصته الشــائعة فى ملكية الطريق (٢) .

٤ — لا يجوز لأى من الشركاء أن يطلب القسمة لأن الشــيوع اجبارى كما قدمنا ، كما لا يجوز أن يتصرف فى حصــته الشــائعة فى الطريق مستقلة عن العقار المملوك له ملكية مفرزة (٣) .

٥٩٨ — انواع خاصة من الشيوع الاجبارى :

وهناك نوعان خاصان من الشيوع الاجبارى نظمهما القــانون تنظيما مفصلا ، هما الحائط المشترك (ويلحق به الحائط الفاصل) (٤)

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٢٧٦ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣ — كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٤١ ص ٨٣٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٩٧ .

(٣) مارتى ورينو فقرة ٢٣٦ — كاربونييه ص ٩٢ — محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٤ — شفيق شحاته فقرة ١٥١ — محمد على عرفة فقرة ٣٤٦ — فقرة ٣٤٨ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٠ — اسماعيل غانم فقرة ١٤٥ — حسن كيرة فقرة ١٧٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧٤ — فقرة ١٧٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ ص ٢٤٢ — ص ٢٤٤ .

وقد ورد فى التقنين المدنى العراقى عدة نصوص تنظم الطريق الخاص المشترك : انظر المواد ١٠٩٣ — ١٠٩٧ من هذا التقنين .

(٤) والحــائط الفاصــل ليس حــائطا مشتركا ، بل هو ملك خالص لصاحبه ، فهو اذن ليس ملكية شائعة . ولكننا الحقناه بالحائط المشــترك لاتصال الموضوعين احدهما بالآخر اتصالا وثيقا ، وان كان لكل منهما احكامه الخاصة به .

والأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات . ويمكن أن يلحق بهذين النوعين الخاصين من الشـيوع الاجبارى نوع ثالث هو ملكية الأسرة ، ولكن الشيوع هنا وان كان اجباريا شـيوع موقت غير دائم ، ويقوم على الاتفاق ما بين أفراد الأسرة . فيمكن القول اذن بأن ملكية الأسرة هى شيوع اجبارى ، وان كان شيوعا اتفاقيا موقتا . ونتناول بالبحث كلا من هذه الأنواع الخاصة .

الفرع الأول

الحائط المشترك (*)

(والحائط الفاصل)

(Mur mitoyen, et mur séparatif)

٥٩٩ — اثبات الاشتراك فى الحائط المشترك — نص قانونى : اذا فصـل حائط ما بين بنائين ، فان هذا الحائط قد يكون حائطا مشتركا ، وقد يكون حائطا فاصلا غير مشترك ولكنه مملوك ملكية خاصة لصاحب أحد البنائين .

ويجوز لكل ذى شأن أن يثبت أن الحـائط الفاصـل هو حـائط مشترك . فيثبت أحد الجارين مثلا أنه أقام الحائط مع جاره بنفقـات مشتركة ، أو أنه كان مملوكا لجاره ملكية خالصة ثم كسب من هذا الجار الاشتراك فى الحائط فى مقابل عوض دفعه له ، أو أن الجار جعل الحائط مشتركا بينهما بغير عوض . كمـا يجوز للجار أن يثبت الاشـتراك فى الحائط بطريق التقادم المكسب ، بأن يثبت أنه حاز الحائط حيازة مشتركة مع جاره ، وتصرف فيه تصرف المالك للحائط المشترك دون أن يكون ذلك

(*) مراجع Delage فى المسائل التى يثيرها البناء الحديث فى شأن الحائط المشترك رسالة من باريس سـنة ١٩٢٩ — Méjassol فى الحائط المشترك رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ .

مبنيا على تسامح جاره ، ويبقى كذلك طول المدة اللازمة للتقادم (١) .

وقد وضع القانون قرينة قانونية تيسر اثبات الاشتراك فى الحائط ، فنصت المادة ٨١٧ مدنى على ما يأتى : « الحائط الذى يكون فى وقت انشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقم دليل على العكس (٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق (٣) .

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل — وفى التقنين الليبى المادة ٨٢٦ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٩١ — وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الأردنى لا مقابل (٤) .

---

(١) أما اذا اقام أحد المالكين الحائط وحده ، ولكنه جعل بعض سمكه فى أرض جاره ، فان هذا الجار يملك الجزء من الحائط المقام فى أرضه بطريق الالتصاق . ولكن يبدو أن الحائط لا يكون مشتركا أو شائعا ما بين المالكين ، بل ان كلا منهما يملك الجزء من الحائط المقام فى أرضه (قارن اسماعيل غانم فقرة ١٤٦ ص ٣٣٩) . واذا كان البانى للحائط حسن النية ، فانه يجوز له أن يجبر جاره على أن ينزل له عن ملكية الجزء من أرضه المشغولة بالحائط فى نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدنى) ، فيصبح الحائط فى هذه الحالة ملكا خالصا للبانى ، ويكون حائطا فاصلا غير مشترك .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٨ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦١ — ص ٦٢) .

(٣) ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، فقرينة الاشتراك فى الحائط فى عهد هذا التقنين قرينة قضائية لا قانونية .

(٤) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى لا مقابل (فالقرينة قضائية) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٩١ (مطابق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل (فالقرينة قضائية) . =

الأردنى لا مقابل (١) .

والقرينة التى أوردها النص قابلة للاثبات . وحتى تقوم يجب توافر شرطان :

أولا — ان يكون الحائط فاصلا بين بنائين . بأن يكون هناك بناءان متلاصقان يفصل بينهما حائط . فاذا لم يكن الحائط يفصل بين بنائين . فلا تقوم القرينة . ومن ثم لا تقوم القرينة اذا كان هناك أرضان متلاصقان لمالكين مختلفين . وقد أقيم فى الحد الفاصل بين الأرضين حائط . كذلك لا تقوم القرينة اذا كان هناك بناء مجاور لارض فضاء أو لفناء أو لحديقة أو لأرض زراعية . وقد أقيم حائط فى الحد الفاصل بينهما (٢) .

ثانيا — أن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ انشائه . فاذا أقيم الحائط ولم يكن هناك الا بناء واحد . فان الحائط يكون جزءا من هذا البناء وحده . واذا أقيم بعد ذلك بناء ملاصق للبناء الاول . فان الحائط لا يكون مشتركا ، بل يكون حائطا فاصلا بين البنائين غير مشترك ، وهو ملك خالص لصاحب البناء الأول كما سبق القول (٣) .

فاذا توافر الشرطان سالفا الذكر ، قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك . ولكن هذه القرينة القانونية قابلة كما قدمنا لاثبات العكس . فيجوز لأحد الجارين أن يثبت أن الحائط ملك خالص له ، كأن يقدم سندا على تملكه اياه ، أو كأن يثبت أنه ملك الحائط ملكا خالصا بالتقادم ، أو كأن يعارض القرينة بقرينة أخرى بأن يثبت مثلا أن الحائط كله مقام على أرضه « وملكية الأرض تشمل ما فوقها »

= **التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل .**
التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٢ ص ٢٩٨ .

(٢) نقض فرنسى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥١ جازيت دى باليه ١٩٥٢ — ١ — ٢٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٢ ص ٢٩٨ .

(م ٢/٨٠٣) . واذا تعارضت القرائن رجح قاضى الموضـوع بأيهـا يأخذ (١) .

ومتى ثبت أن الحائط مشـترك ، وكان أحد البنائين المتلاصـقين أعلى من الآخر ، فان الحائط يعتبر مشتركا الى الحد الذى يصـل الى قمة البناء الأقل علوا . أما الجزء من الحائط الذى يعلو فوق ذلك الى قمة البناء الأعلى ، فيعتبر ملكا خالصا لصـاحب هذا البناء . وهذا هو المعنى المقصود من المادة ٨١٧ مدنى سـالفة الذكر عندما تقـول ، عن الحائط الذى يكون وقت انشائه فاصلا بين بنائين ، انه « يعد مشتركا حتى مفرقهما » (٢) .

ويتبين مما تقدم أن الحائط الفاصل بين بنائين قد يكون مشتركا ، وقد يكون غير مشترك بل ملكا خالصا لصاحب أحد البنائين .

---

(١) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ — ١ — ٩٠٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٣ .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد ما اسلفناه : « والأصل أن الحائط الذى يكون وقت انشائه فاصلا بين بنائين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقم الدليل على العكس (م ١١٨٥ من المشروع ، وهى تقابل م ٦٩ من المشروع الايطالى وم ٦٥٣ من التقنين الايطالى) . ويشترط ، حتى تقوم هذه القرينة شرطان : (أ) أن يكون الحائط فاصلا بين بنائين ، فلا يكفى أن يكون فاصلا بين أرضين ، أو بين أرض وبناء . (ب) وأن يكون الحائط قد فصل بين البنائين منذ انشائه ، فاذا لم يوجد وقت انشـاء الحائط الا بناء واحد ، ثم قام بعد ذلك بناء آخر ملاصق استتر بالحائط ، فأصبح هذا الحائط جزءا من البناء الأول ، فان القرينة القانونية لا تقوم ، ويعتبر الحائط فى وضعه الجديد فاصلا بين بنائين ومملوكا ملكية خاصة لصاحب هذا البناء . فاذا توافر الشرطان المتقدمان ، قامت القرينة القانونية على أن الحـائط مشترك حتى مفرق البنائين ، الى أن يقوم الدليل على العكس . أما الجزء الذى يعلو المفرق ، فملكيته خالصـة لصـاحب البناء الأعلى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤) .

المبحث الأول

أحكام الحائط المشترك

٦٠٠ — مسألتان :
أحكام الحائط المشترك تتعلق بمسألتين : ١ — النظام القانونى للحائط المشترك • ٢ — تعلية الحائط المشترك •

المطلب الأول

النظام القانونى للحائط المشترك

٦٠١ — نص قانونى :
تنص المادة ٨١٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ — لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته » •

« ٢ — فاذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة اصلاحه أو تجديده على الشركاء ، كل بنسبة حصته فيه » (١) •

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن هذه الأحكام يمكن استخلاصها من القواعد العامة ، وكان القضاء فى عهد

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٢ من المشروع على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥ — ص ٥٧) .

هذا التقنين يطبقها دون ثمن (١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربيـــة الأخرى : فى التقنين المدنى الســـورى م ٩٧٤ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٣ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٧ — ١٠٨٨ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧٠ — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقـــابل — وفى التقنين المدنى الأردنى لا مقابل (٢) .

---

(١) أنظر استئناف مختلط ٣ يناير ســـنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦١ — ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٣ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٠ .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الاخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٩٧٤ : ١ — لا يجوز لمالك حائط مشترك ان يرفعه او أن يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه . ٢ — انمـــا يجوز له أن يضع ، من جهة عقاره ، على الحائط المشترك ، أو ان يسند اليه ، جسورا أو منشـــآت او ســـوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط . (وهذه الأحكام تقارب احكام القانون المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٧ : ١ — لكل من الشريكين فى الحـــائط المشترك أن يضع عليه أخشابا أو غيرها بقدر ما لشريكه ، بشرط الا يجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط ، وليس لأحد منهمـــا أن يزيد فى ذلك بدون اذن الآخر . ٢ — واذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة اصلاحه أو تجديده على الشريكين مناصفة .

م ١٠٨٨ : ١ — اذا وهى حائط مشترط وخيف سقوطه ، واراد احد الشريكين هـــدمه وابى الآخر ، يجبر الآبى على الهدم . ٢ — واذا انهـــدم الحائط المشترك ، واراد احدهما اعادة بنائه وابى الآخر ، يجيز الآبى على البناء ، ويجوز لشريكه باذن من المحكمة ان يعيد بناءه وان يرجع على الآبى بنصيبه من نفقات البناء . (والقانون العراقى يتفق فى مجموع هذه الأحكام مع القانون المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧٠ : لا يجوز لصاحب حائط مشترك ان يرفعه ، أو ان يبنى عليه بدون رخصة شريكه فيه . بيد انه يجوز له ان يضع ، من جهة عقاره ، على الحائط المشترك او ان يسند اليه جسورا او منشآت او ســـوى ذلك من الأبنيـــة حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط . (وهذه الأحكام تقارب أحكام القانون المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل .

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل .

ويخلص من هذا النص : ١ — أن لمالك الحائط المشترك استعماله بحسب الغـرض الذى أعد له • ٢ — فلا يجوز له فتح منـاور فى هذا الحائط بدون اذن المالك الاخر • ٣ — ونفقات الصيانه والاصلاح تكون على الشركاء ، كل بنسبة حصته •

٦٠٢ — استعمال الحائط المشترك بحسب الغرض الذى أعد له :

لكل شريك فى الحائط المشترك أن يستعمله ، ويتقيد فى اسـتعمال هذا الحق بقيدين : (القيد الأول) أن يكون الاستعمال بحسب الغرض الذى أعد له الحائط • والغرض الذى أعد له الحائط المشترك هو من جهه استتار كل شريك به بحيث يسـتند اليه بناؤه ، ومن جهة أخرى اقامة عوارض فوق الحائط المشترك ليسـند عليها كل شريك سـقف بنائه • (والقيد الثـانى) ألا يحمل الحائط فوق طاقته فى اسـتعماله للغرض الذى أعد له ، وألا يحول دون اسـتعمال الشريك الآخر للحـائط على الوجه المتقدم الذكر •

فاذا أقام الشريك عوارض فوق الحـائط المشترك ، وجب عليه أن يراعى أن للشريك الآخر هو أيضا حق اقامة عوارض ، فلا يضـع من العوارض الا بمقدار نصف ما يتحمله الحائط ، حتى يدع لشريكه مجالا لاستعمال حقه • كذلك اذا أراد أى شريك وضع عوارض ، وجب عليه أن يترك فى سمك قمة الحائط المسافة التى يحتاج اليها صاحبه لوضـع عوارضه • واذا وقع خلاف بين الشريكين فى استعمال حق كل منهما ، جاز الالتجاء الى القضاء ، ويعين القضاء عند الاقتضاء خبيرا •

وغنى عن البيان أنه لما كان شيوع الحائط المشترك شيوعا اجباريا نظرا للغرض الذى أعد له الحائط ، فانه لا يجوز لأى من الشريكين أن يطلب قسمة الحائط ، كما لا يجوز له التصرف فى حصته الشـائعة فيه مستقلة عن العقار الذى يملكه ، ولا يجـوز لدائنيه الحجز على هـذه الحصة الشائعة استقلالا •

٦٠٣ — عدم جواز فتح مناور فى الحائط المشترك :

ولما كان الغرض الذى اعد له الحائط المشترك يتعارض مع فتح مناور او فتحات اخرى فيه ، لأن الحائط المشترك انما أعد للاستتار به وهذا يتنافى مع احداث فتحات فيه (١) ، لذلك لا يجوز لأى شريك أن يفتح فى الحائط المشترك مناور أو فتحات أخرى تنفيذ الى ملك جاره دون موافقة هذا الجار • وقد ورد بهذا الحكم نص صريح فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٦٧٥) ، ويمكن تطبيق الحكم دون نص فى القانون المصرى لأنه يتفق مع القاعدة التى تقضى بقصر استعمال الحائط المشترك على الغرض الذى أعد له •

وقد يفتح الجار منورا فى الحائط الفاصل وهو ملك خالص له (٢) ، فاذا تمكن جاره من جعل الحائط مشتركا بالشراء أو بالتقادم أو بطلب المشاركة فى الجزء المعلى (م ٨١٦ مدنى) اذا فتح فيه المنور أو بغير ذلك من الأسباب ، فانه يحق له عندئذ أن يطالب الجار بسد المنور (٣) •

واذا فتح الجار منورا فى الحائط المشترك بالرغم من عدم جواز ذلك ، ويبقى المنور مفتوحا المدة اللازمة للتقادم ، لم يجز للجار بعد ذلك أن يطلب سد المنور • ولكن يلاحظ فى هذا أن يكون ترك المنور مفتوحا ليس راجعا الى تسامح الجار • وما قلناه فى المنور نقوله فى المطل ، اذ يجوز أن يفتح الشريك فى الحائط المشترك مطلا ، ويبقى المطل مفتوحا لا على سبيل التسامح المدة اللازمة للتقادم ، وعند ذلك لا يجوز للشريك الآخر اجبار شريكه على سد المطل (٤) •

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠٠ — ص ٣٠١ .

(٢) اما فتح المطل فيقتضى ترك مسافة مترين من الحد الفاصل ، هذا ما لم يكن الجار قد فتح المطل فى الحائط الفاصل وكسب هذا الحق بالتقدم ،

(٣) انظر فى هذا المعنى بودرى وشوفو فقرة ٩٥٨ — أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٢ ص ٥٨٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠١ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٠٥ ص ٣٠١ .

٦٠٤ — نفقات الصيانة والاصلاح والتجديد :

وصيانة الحائط المشترك يتحمل نفقتها الشركاء كل بنسبة حصته • وقد يصبح الحائط المشترك غير صالح للغرض الذى اعد له . فيحتاج الى اصلاح ، أو الى هدم واعادة بناء • ونفقات الاصلاح وتجديد الحائط كنفقات الصيانة يتحملها الشركاء ، كل بنسبة حصته •

أما اذا كان اصلاح الحائط المشترك او اعادة بنائه ليس ضروريا ليقوم الحائط بالغرض الذى أعد له ، ومع ذلك قام الشريك باصلاحه أو اعادة بنائه لمصلحته الخاصة ، فان هذا الشريك وحده هو الذى يتحمل نفقات الاصلاح أو التجديد (١) • كذلك اذا كان الخلل الذى أصاب الحائط فاقتضى اصلاحه أو تجديده راجعا الى خطأ شريك بالذات ، فان هذا الشريك وحده هو الذى يتحمل نفقات الاصلاح والتجديد (٢) •

ولما كان التزام الشريك بتحمل نفقات الصيانة والاصلاح والتجديد على الوجه سالف الذكر التزاما عينيا (propter rem) ، فانه يستطيع التخلص منه اذا هو تخلى عن حق ملكيته الشائعة (abandon) فى الحائط (٣) • واذا تخلى الشريك عن ملكيته الشائعة ، أصبح الشريك الآخر هو وحده الذى له حق استعمال الحائط بشرط أن يقوم بترميم الحائط وصيانته • فان لم يرممه ، وسقط الحائط ، كانت الأنقاض وأرض الحائط ملكا للشريكين وقسماها بينهما (٤) • على أن حق الشريك

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣١٠ ص ٣٠٥ •

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ •

(٣) ولا يستطيع التخلى اذا كان هو الذى احدث بخطاه الخلل الذى اصاب الحائط ، لأنه يصبح هو وحده الملزم بنفقات الترميم كما قدمنا ، فلا يجوز له ان يلقى عبئها على الشريك الآخر (محمد على عرفة فقرة ٢٤٤ ص ٣١٥) •

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٢ ص ٥٧٤ — بودرى وشوفو فقرة ٩٧٧ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣١١ ص ٣٠٥ — ويفسر بعض الفقهاء ذلك بأن التخلى هنا لايعنى اكثر من ان الشريك كان ينتفع بالحائط المشترك ومن ثم =

فى التخلى عن الحائط على النحو الذى قدمناه يشترط فيه ألا يكون بناء هذا الشريك مستندا الى الحائط ، والا فانه سيظل منتفعا بالحائط بالرغم من تخليه عنه . بل يجب أن يهدم البناء أولا ثم يتخلى عن الحائط . ولا يكفى أن يتعهد بهدم البناء ، فأنه قبل أن ينهدم البناء فعلا يظل شريكا فى الحائط ولا يستطيع التخلى عنه (١) .

المطلب الثانى

تعلية الحائط المشترك

٦٠٥ — نص قانونى :
تنص المادة ٨١٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ — للمالك اذا كانت له مصلحة جدية فى تعلية الحائط المشترك أن يعليه ، بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا . وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى ، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشىء من التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته » .

« ٢ — فاذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية ، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته ، بحيث يقع ما زاد من سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة . ويظل الحائط المجدد فى غير الجزء المعلى مشتركا ، دون أن يكون للجار الذى أحدث التعلية حق فى التعويض » (٢) .

= كان يتحمل تكاليفه ، وبنزوله عن الانتفاع بالحائط تسقط عنه التكاليف ، ولكن ملكية الحائط والأرض المقام عليها الحائط تبقى مشتركة (كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٥١ ص ٨٤٦) .

(١) نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٤ — ١ — ٤٠٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣١١ ص ٣٠٦ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت =

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق . ولكن الأحكام الواردة فيه تتفق مع القواعد العامة [١] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٧٥ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٢٤ — وفى التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٩ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧١ — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الأردنى لا مقابل [٢] .

ويؤخذ من هذا النص أن هناك فرضين فى تعلية الحائط المشترك : فاما أن يعليه الشريك دون أن يعيد بناءه ، أو يعيد بناءه حتى يتمكن من تعليته . وفى الفرضين يبقى الحائط مشتركا فى غير الجزء المعلى ، أما الجزء المعلى فيكون ملكا خالصا للشريك الذى قام بتعلية الحائط .

= عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٦ فى المشروع النهائى ، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٧ — ص ٥٩) .

(١) انظر استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩١ — ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٠ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٧٥ : ١ — لا يلزم احد بالتنازل لجاره عن حقه المشترك فى الحائط . ٢ — انما اذا أراد احد الشركاء بالشيوع علو حائط ، وذلك برضاء الشريك الآخر ، فيحق للشريك الآخر اذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة ... (والتقنين السورى يختلف عن التقنين المصرى فى أنه يشترط فى تعلية الحائط المشترك رضاء كل من الشريكين) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٩ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧١ : لا يلزم احد التنازل لجاره عن حقه المشترك فى الحائط . بيد انه اذا أراد احد الشركاء بالشيوع علو حائط ، وذلك برخصة من الفريق الآخر ، يحق هذا الفريق ، اذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة ... (القانون اللبنانى ، كالتقنين السورى ، يختلف عن التقنين المصرى فى أنه يشترط فى تعلية الحائط رضاء كل من الشريكين) .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل .

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل .

٦٠٦ — تعلية الحائط دون اعادة بنائه :

قد يقتضى الأمر تعلية الحائط المشترك لمصلحة الشريكين معا ، وعند ذلك تكون نفقة التعلية عليهما ، ويبقى الحائط — ويدخل فى ذلك الجزء المعلى — مشتركا على ما كان •

أما اذا اقتضت التعلية مصلحة جدية لأحد الشريكين دون الآخر ، كأن كان الشريك الذى تقتضى مصلحته التعلية يريد أن يبنى طابقا جديدا فوق طبقات بنائه الموجودة فعلا ، وكانت التعلية ممكنة دون حاجة الى اعادة بناء الحائط ، جاز لهذا الشريك أن يقوم بتعلية الحائط بشرط ألا تضر التعلية بالشريك الآخر ضررا جسيما • وعلى الشريك الذى يقوم بالتعلية أن يتحمل وحده نفقتها ، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشىء عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته (١) • وبعد أن تتم التعلية ، يكون عليه وحده نفقات صيانة الجزء المعلى لأن هذا الجزء يكون ملكا خالصا له ، بخلاف الجزء الأسفل فانه يبقى مشتركا بين الجارين ويتحملان معا نفقات صيانته (٢) •

٦٠٧ — تعلية الحائط عن طريق اعادة بنائه :

فاذا لم تكن التعلية ممكنة دون اعادة بناء الحائط ، فللجار الذى له مصلحة جدية فى التعلية أن يهدم الحائط ويعيد بناءه معلى — ويشترط هنا أيضا ، قياسا على ما اشترط فى الفرض الأول : ألا يلحق هدم الحائط واعادة بنائه ضررا جسيما بالجار الآخر • فاذا كان بناء الجار الآخر معتمدا على الحائط ، ولا يمكن هدم الحائط دون هدم بناء الجار أو هدم جزء كبير منه ، فان هذا يعتبر ضررا جسيما يلحق الجار ، ويمنع من يريد التعلية من القيام بها • وعليه فى هذه الحالة أن يترك

---

(١) وعلى ذلك يتحمل وحده من نفقات صيانة الجزء المشترك من الحائط المصروفات التى اقتضتها زيادة العبء الناشىء عن التعلية (اسماعيل غانم فقرة ١٤٨ ص ٣٤٢ — وقارن محمد على عرفة فقرة ٣٤٥ ص ٣١٦) .

(٢) انظر فى كل ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ •

الحائط المشترك على حاله ويبنى حائطا آخر الى جانبه عند الاقتضاء ، ويكون هذا الحائط الآخر ملكا خالصا له .

أما اذا كانت أعادة بناء الحائط معلى لا تلحق ضررا جسيما بالجار ، كان لمن يريد التعلية أن يهدم الحائط ويعيد بناءه ، ويكون الهدم وأعادة البناء على نفقته . واذا اقتضى الامر زيادة سمك الحائط بسبب تعليته ، فعليه ان يجعل ما زاد من سمك الحائط فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة ، والا فعليه أن يدفع لجاره تعويضا عما زاد فى سمك الحائط من ناحية هذا الجار .

وبعد اعادة بناء الحائط ، يظل الحائط المجدد فى غير الجزء المعلى حائطا مشتركا بين الجارين ، ولا يرجع من أعاد بناء الحائط على جاره بأى تعويض ، كأن يطالبه بالفرق فى القيمة ما بين الحائط الجديد والحائط القديم . أما الجزء المعلى من الحائط الجديد فيكون ملكا خالصا لمن قام بالتعلية ، وعليه وحده نفقة صيانته ، ولا يجوز لجاره أن يستعمل هذا الجزء المعلى ، الا اذا استعمل حقه فى أن يكون شريكا فيه على الوجه الذى سنبينه فيما يلى ، أو كسب الاشتراك فيه بطريق التقادم بأن استعمله مدة خمس عشرة سنة دون أن يكون ذلك محمولا على مظنة التسامح من جاره (١) .

٦٠٨ — جواز الاشتراك فى الجزء المعلى — نص قانونى :
وتنص المادة ٨١٦ مدنى على ما يأتى :

« للجار الذى لم يساهم فى نفقات التعلية أن يصبح شريكا فى الجزء المعلى ، اذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك ان كانت هناك زيادة » (٢) .

---

(١) انظر فى كل ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

(٢) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ١١٨٤ من المشروع =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٩٧٥/٢ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٢٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٩٠ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى المادة ٧١ — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الأردنى لا مقابل (١) .

وقد قدمنا أن الجزء المعلى ، سواء كانت التعلية دون اعادة بناء الحائط أو باعادة بنائه ، يبقى ملكا خالصا لمن قام بالتعلية ، يقوم هو بنفقات صيانته ، ولا يجوز لجاره أن يستعمل هذا الجزء دون اذنه .

ولكن يجوز للجار ، وهو شريك فى الجزء الأسفل من الحائط كما

= التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٠ — ص ٦١) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٩٧٥/٢ : أما اذا اراد احد الشركاء بالشيوع علو حائط ، وذلك برضاء الشريك الآخر ، فيحق للشريك الآخر ، اذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة ، ان يكتسب حق الشركة فى القسم المنشأ حديثا فى الحائط المشترك ، بشرط ان يدفع نصف هذه النفقة ، وأن يدفع ايضا ، اذا اقتضى الأمر ، نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط .

(واحكام التقنين السورى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٢٥ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٩٠ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧١ : ... بيد انه اذا اراد احد الشركاء فى الشيوع علو حائط ، وذلك برخصة من الفريق الآخر ، يحق لهذا الفريق اذا لم يكن قد تحمل شيئا من النفقة ، أن يكتسب حق الشراكة فى القسم المنشأ حديثا فى الحائط المشترك ، بشرط ان يدفع نصف هذه النفقة ، وأن يدفع ايضا ، اذا اقتضى الأمر ، نصف قيمة الأرض المستعملة لزيادة كثافة الحائط .

(واحكام التقنين اللبنانى تتفق مع احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل .

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل .

قدمنا ، أن يطلب أن يكون شريكا أيضا فى الجزء المعلى ، فيصبح الحائط مشتركا فى جميع أجزائه . وهذا الحق فى الاشتراك فى الحائط مقصور، فى القانون المصرى ، على الجار الذى يكون شريكا من قبل فى الجزء الاسفل ويريد الآن الاشتراك فى الجزء المعلى . أما اذا كان الحائط كله ملكا خالصا لأحد الجارين ، فلا يجوز للجار الآخر أن يطلب الاشتراك فيه ، كما يجوز ذلك فى القانون الفرنسى (١) .

وعلى الجار الذى يريد أن يكون شريكا فى الجزء المعلى أن يعلن رغبته فى ذلك . وليس لاعلان هذه الرغبة شكل خاص فيجوز أن يكون بانذار على يد محضر ، كما يجوز أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، كما يجوز أن يكون شفويا وعليه عبء اثبات ذلك . ويجب على هذا الجار ، حتى يصبح شريكا فى الجزء المعلى ، أن يدفع لجاره نصف ما أنفقه فى التعلية ، سواء المصروفات التى أنفقها فى تعلية الحائط دون اعادة بنائه ، أو المصروفات التى أنفقها فى اعادة بناء الحائط . ويدفع كذلك قيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة سمك الحائط ، ان كانت هناك زيادة . فاذا سلم له جاره بذلك دفع نصف النفقات على النحو السالف ، والا لجأ الى القضاء .

وسواء سلم الجار أو حكم القضاء بالاشتراك فى الجزء المعلى ، يجب على من طلب الاشتراك أن يسجل الاتفاق أو الحكم الصادر لصالحه تطبيقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى . ويبقى حق الاشتراك قائما ما قام سببه ، فلا يزول بالتقادم ومن ثم يجوز للجار أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ التعلية .

ومتى أصبح الجزء المعلى مشتركا ، فان الحائط كله يصبح مشتركا بين الجارين ، فيتحملان معا نفقات صيانته واصلاحه وتجديده على

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٦١١ .

الوجه الذى سبق أن بيناه (١) .

المبحث الثانى

أحكام الحائط الفاصل غير المشترك

٦٠٩ — نص قانونى :
تنص المادة ٨١٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ — ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ، ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها الحائط الا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ » .

« ٢ — ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » (٢) .

ويقابل النص المادة ٣٨/٥٩ — ٦٠ من التقنين المدنى السابق (٣) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٠٤ — وانظر فى كل ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١١٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٨٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٨٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣ — ص ٦٦) .

(٣) **التقنين المدنى السابق** م ٣٨/٥٩ — ٦٠ : ليس للجار ان يجبر جاره على اقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه ، ولا على ان يعطيه جزءا من حائطه أو من الأرض التى عليها الحائط المذكور . ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه بمجرد ارادته ، اذا كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه ، ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوى .

(واحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٢٧ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٩٢ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الأردنى لا مقابل (١) •

وننتقل هنا الى الحائط الفاصل غير المشترك ، وقد قرر القانون فى شأنه أمورا ثلاثة : ١ — ليس للجار ان يجبر جاره على اقامة حائط فاصل يحوط به ملكه • ٢ — وليس للجار أن يطلب من جاره النزول عن جزء من الحائط الفاصل الذي يكون ملكا خالصا لهذا الجار • ٣ — ولكن لا يجوز للجار ، دون عذر قوى ، أن يهدم الحائط الفاصل الذى يكون ملكا خالصا له اذا كان جاره مستترا به •

٦١٠ — ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه :

وهذا ما نصت عليه العبارة الأولى من المادة ١/٨١٨ مدنى فيما رأينا ، وقد جاء هذا النص على خلاف ما يقضى به التقنين المدنى الفرنسى ، اذ تقضى المادة ٦٦٣ من هذا التقنين بأنه يجوز للجيران ، فى المدن وضواحيها ، أن يجبروا جيرانهم على اقامة ما يحوطون به مساكنهم وأفنيتهم وحدائقهم الموجودة فى هذه المدن والضواحى • وقد رأى المشرع الفرنسى أن السكان فى المدن وضواحيها فى حاجة الى تحويط مساكنهم وأفنيتهم وحدائقهم ، حتى يأمنوا فضول الناس وعبث العابثين وسطو اللصوص • فأجاز للجار اجبار جاره على المساهمة فى

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدنى السورى : لا مقابل .
التقنين المدنى الليبى م ٨٢٧ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى م ١٠٩٢ (موافق) .
قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل .
التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل .
التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل .

ذلك ، وهذا ما يسمى بالتحويط الجبرى (clôture forcée) . على ان هذه القاعدة فى القانون الفرنسى ليست من النظام العام ، فيجوز للجار ان ينزل عن حقه فى الزام جاره بذلك ، بشرط أن يكون هذا النزول صريحا (١) . واذا اقام أحد الملاك على نفقته حائطا فاصلا بينه وبين جاره ، لم يجز له أن يطلب من الجار ان يساهم فى هذه النفقات . وانما يجوز لهذا الاخير ، كما سنرى ، أن يطلب الاشتراك فى هذا الحائط فيكون حائطا مشتركا بينهما . كما يجوز للجار ، قبل أن يقيم الحائط الفاصل ، أن يجبر جاره على المساهمه معه فى اقامته كما سبق القول .

ولم يرد فى التقنين المدنى المصرى ، لا السابق ولا الجديد ، نص يلزم الجار بتحويط ملكه . بل ورد على العكس من ذلك ، فى كل من التقنين كما رأينا ، نص صريح يقضى بأنه « ليس للجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه » . ولمن يريد تحويط ملكه أن يفعل ، دون أن يجبر جاره على المساهمة معه فى ذلك . فاذا بنى حائطا فاصلا بينه وبين جاره ، بناه على نفقته دون أن يلزم جاره بالاشتراك معه فى هذه النفقات . وعليه هو وحده أن يقوم بصيانة هذا الحائط ، وبترميمه اذا اقتضى الأمر ذلك .

٦١١ — ليس للجار أن يطلب الاشتراك فى حائط جاره :

وكما لا يجوز للجار أن يجبر جاره على المساهمة فى الحائط الفاصل الذى أقامه على نفقته ، كذلك لا يجوز للجار الآخر أن يجبر الجار الذى أقام الحائط على الاشتراك معه فى هذا الحائط ولو عرض عليه أن يدفع له نصف النفقات أو كلها (٢) . وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٨١٨/١ مدنى ، كما رأينا ، فى هذا المعنى انه ليس للجار أن يجبر جاره « على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التى عليها

---

(١) نقض فرنسى ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٩ — ١ — ٢٩ — بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٤٥ ص ٤٤٤ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٠٨ .

الحائط ، الا فى الحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ » • والحالة المذكورة فى المادة ٨١٦ مدنى هى - كما راينا - حالة ما اذا قام الجار بتعلية الحائط المشترك على نفقته • فيجوز لجاره ان يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى ويصبح الحائط كله مشتركا • ولكن يشترط فى ذلك أن يكون الحائط منذ بدايته حائطا مشتركا • وعلاه أحد الجارين على نفقته ، فحتى يتيسر ابقاء الحائط كله حائطا مشتركا حتى بعد التعلية ، أجاز المشرع المصرى للجار الذى لم يقم بالتعلية أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى على التفصيل الذى سبق بيانه (١) •

أما المشرع الفرنسى فقد أجاز ما أجازه المشرع المصرى ، وذلك فى المادة ٦٦٠ مدنى فرنسى • وأجاز فوق ذلك ما لم يجزه المشروع المصرى • فقضى فى المادة ٦٦١ مدنى فرنسى بأنه يجوز للجار أن يطلب من جاره الاشتراك فى حائطه الفاصل ، كله أو بعضه ، بأن يدفع له نصف قيمته أو نصف قيمة الجزء الذى يريد جعله مشتركا ، مع نصف قيمة الأرض التى أقيم عليها الحائط • ففى القانون الفرنسى اذن يجوز للجار أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى الذى لم يشترك فى تعليته من الحائط الذى كان مشتركا منذ البداية ، وكذلك الاشتراك فى الحائط الفاصل الذى لم يكن حائطا مشتركا من قبل (٢) • أما فى القانون المصرى ، فالأمر الأول ، دون الأمر الثانى ، هو الجائز (٣) •

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٠٨ — يضاف الى هذه الحالة ما اذا أعاد الجار بناء الحائط المشترك ، واضطر أن يزيد فى سمك الحائط وان يأخذ جزءا من هذا السمك من أرض جاره ، حيث يجب ان يدفع للجار ثمن ما أخذه من ارضه (انظر آنفا فقرة ٦٠٧) — وانظر رسالة Fourcade من بودرى سنة ١٩٤٥ Poder رسالة من رن سنة ١٩٤٠ — Renschel رسالة من ليون سنة ١٩٤١ — Cazin رسالة من كان سنة ١٩٤٨ •

(٢) انظر فى القانون الفرنسى فى هذه المسألة بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣١٢ — فقرة ٣١٨ •

(٣) انظر آنفا فقرة ٦٠٨ •

٦١٢ ــ ليس لمالك الحائط الذى يستتر به الجار أن يهدمه دون عذر قوى :

ولما كان القانون المصرى لا يعطى للجار حقا فى أن يطلب الاشتراك فى الحائط الفاصل المملوك لجاره ملكا خالصا كما قدمنا ، فانه عوض على الجار عن ذلك الحق بحق آخر . فاذا كان هناك حائط فاصل مملوك لصاحبه ملكا خالصا ، فان الجار اذا كان لا يستطيع الزام جاره بالاشتراك فيه ، يملك على الأقل أن يمنعه من هدم هذا الحائط الذى يستتر به اذا لم يكن هناك عذر قوى لهدمه . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ مدنى فى هذا الصدد ، كما رأينا (١) ، على ما يأتى : « ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص : « وفى هذا تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، ورد فى التقنين الحالى (السابق) . واحتفظ به المشروع (٢) .

ويجب ، حتى تتقيد سلطة المالك فى هدم حائطه ، أن يكون جاره مستترا بهذا الحائط ، فيكون ملك هذا الجار مسورا من جهات ثلاث ، والجهة الرابعة هى التى يستتر فيها بالحائط . أما اذا كان ملك الجار غير مسور الا من جهتين أو من جهة واحدة ، أو كان غير مسور أصلا ، فلا يمكن أن يقال انه مستتر بالحائط الفاصل .

ثم يجب أن يكون هدم الحائط دون عذر قوى . فاذا كان لدى صاحب الحائط عذر قوى لهدمه ، كأن كان يريد اعادة تشييد بنائه على وضع يختلف عن وضعه السابق وتقتضى اعادة البناء هدم الحائط ، فمن حقه أن يهدمه حتى ولو كان جاره يستتر به ، لأن له مصلحة ظاهرة فى

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٠٩ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥ .

الهدم ، ولا يمكن أن يقال فى هذه الحالة انه متعسف فى استعمال حقه فى هدم الحائط .

ويجب أخيرا أن يعود هدم الحائط بضرر محسوس على الجار الذى يستتر به ، فاذا كان هذا الجار له أرض فضاء سورها من جهات ثلاث واستتر بحائط جاره فى الجهة الرابعة ، فهدم الجار لحائطه لا يعود فى هذه الحالة بضرر محسوس على صاحب الارض الفضاء .

وظاهر مما تقدم أن منع صاحب الحائط من هدمه ، اذا توافرت الشروط الثلاثة سالفة الذكر ، ليس الا تطبيقا من تطبيقات نظـــرية التعسف فى استعمال الحق كما تقول المذكرة الايضـــاحية للمشروع التمهيدى فيما قدمناه ، اذ يكون صاحب الحائط قد رمى من هدمه الى تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الجار مــن ضرر بسببها (م ٥ فقرة ب مدنى) .

وكل ما للجار من حق هو عدم هدم الحائط الذى يستتر به : فلا يكون له أى حق فى الحائط غير هذا القيد السلبى (١) ؛ ولذلك عد هذا الحكم ضـمن القيود التى ترد على حق الملكية ؛ ومن ثم لا يكون للجـــار حق ملكية مشتركة فى الحائط الذى يستتر به ، اذ يبقى الحائط مملوكا ملكا خالصا لصاحبه ، ولايجوز للجار استعماله فى غير الاستتار به الا باذن المالك (٢) . ولا يكون للجار كذلك حق ارتفاق على الحائط ، وليس التزام صاحب الحائط بعدم هدمه الا قيدا واردا على حقه فى استعمال

---

(١) واذا هدم المالك حائطه بناء على باعث قوى ؛ فليس لجاره ان يلزمه باعادة بناء الحائط ليستتر به ؛ وكذلك لا يجبر الجار على الاشـــتراك فى مصروفات الحائط اذا اعاد المالك بناءه (محكمة الزقازيق استئنافى ٩ ابريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٩٠ ص ٢٠٦) .

(٢) وقد قضى بانه يؤخذ من نص المادة ٣٨ مدنى (قديم) المأخوذة من الشريعة الغراء (م٦٩ مرشد الحيران) انه يجوز للجار ان يستتر بحائط جاره ، بدون أن يدخل فيه ابنية أو تخاشيب او غير ذلك مما يضر به (دسوق ٢٦ اكتوبر سنة ١٧٩٨ الحقوق ١٤ ص ١٩٤) .

ملكه كما سبق القول ، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يكسب الجـــار الاشتراك فى الحائط أو حق ارتفاق عليه بسبب قانونى ، كأن يشترى هذا الحق أو أن يكسبه بالتقادم (١) .

الفــرع الثــانى

ملكية الطبقات (*)

٦١٣ — السفل والعلو فى التقنين المدنى السابق :

كان التقنين المدنى السابق يعرف ملكية الطبقات فى صورة السفل والعلو ، وهى الصورة التى نقلها عن الفقه الاسلامى . وتتلخص فى أن يكون كل من صاحب السفل وصاحب العلو مالكا لطبقة بنائه ملكية خالصة ، حوائط وأرضية وســـقفا ونوافذ وأبوابا . ويملــك صاحب السفل الأرض التى يقام عليها البناء كله ، أما صاحب العلو فله حـــق القرار على السفل ، وتبعا لهذا التصوير كانت المادة ٣٦/٥٧ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : « على مالك الطبقة السفلى اجـــراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له ، اذ أنها تعتبر ملكا له ، وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح ، وعليه أيضا اجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفـــع به صاحب الطبقة السفلى » .

وقد استبقى التقنين المدنى الجديد ملكية السفل والعلو كما كانت

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٣٤٩ — عبد المنعم البدراوى فقرة ٩٥ ص ١٢٣ — اسماعيل غانم فقرة ٤٨ .

(*) **مراجع** Julliot فى بيع وتقسيم المنازل الى طبقات وشـــقق الطبعة الثانية سنة ١٩٢٧ — Fourcade رسالة من بوردو سنة ١٩٤٠ — Poder رســـالة من رن ســـنة ١٩٤٠ — Renschel رســـالة من ليـــون ســـنة ١٩٤١ — Cozin فى الملكيـــة المختلطة فى العقارات المقسمة الى شقق كان سنة ١٩٤٨ — السيد على المغـــازى فى ملكية طبقات المنازل فى القانون الفرنسى وفى القانون المصرى . (الملغى والجديد) سنة ١٩٤٩ .

فى التقنين المدنى السابق . ونقل من هذا التقنين النصوص الخاصة بهذا الموضوع . وكذلك نقل عن القضاء المصرى ما أقره من المبادىء فى هذا الشأن (١) .

٦١٣ — السفل والعلو فى التقنين المدنى السابق :

ونقل التقنين المدنى الجديد أيضا عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٩٣٨ تصويرا آخر لملكية الطبقات أكثر حداثة وجدة، ويتمشى مع حالة العمارات التى تتكون من عدد كبير من الطبقات والشقق. وفى هذا التصوير تتكون العمارة من أجزاء مفرزة هى الطبقات والشقق لكل طبقة أو شقة مالك يستقل بها ، ومن أجزاء شائعة شيوعا اجباريا وهى تشتمل على هيكل العمارة بأجمعه من أرض وحوائط رئيسية وأساسات ومداخل وأفنية وأسطح وسلالم ومصاعد ودهاليز . وبالجملة كل أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشتركة بين الجميع . فملكية الطبقات فى هذا التصوير الجديد تكون من طبقات مفرزة وشيوع اجبارى .

وقد أراد المشرع . من وضع التصوير الجديد من الطبقات المفرزة والشيوع الاجبارى الى جانب الوضع القديم من سفل وعلو ، أن يشجع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ، توقعا لأزمة المساكن وازدياد عدد السكان . والى هذا تشير المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « وقد نقل هذا التنظيم من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ ، وقصد من نقله الى تشجيع انتشار ملكية الطبقات بين أفراد الطبقة المتوسطة ذات الايراد المحدود ، فهذه لا يستطيع الفرد منها أن يملك منزلا كاملا ، ويؤثر على الاشتراك مع غيره فى الشيوع أن يستقل بملكية طبقة من طبقات المنزل . فاذا وضع نظام لتحديد العلاقات المستمرة بينه وبين جيرانه . كان فى هذا طريق

---

(١) أنظر المواد ٨٥٩ — ٨٦١ مدنى .

لحسم المنازعات التى تنشأ عن هذه الملكية ، وسبب لتيسيرها وانتشارها » (١) .

فنبحث فى ملكية الطبقات : (أولا) نظام السفل والعلو ، كما نقله التقنين المدنى الجديد عن التقنين المدنى السابق والقضاء المصرى والشريعة الاسلامية . (ثانيا) نظام الطبقات المفرزة والشيوع الاجبارى . كما نقله التقنين المدنى الجديد عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ .

المبحث الأول

السفل والعلو

٦١٥ — تناقص أهمية هذا النوع من ملكية الطبقات :
كان نظام السفل والعلو هو النظام السائد فى ملكية الطبقات فى عهد التقنين المدنى السابق . وقد أخذت أهميته تتناقص بانتشار العمارات الكبيرة ، التى يتلاءم معها نظام الطبقات المفرزة والشيوع الاجبارى . على أن نظام السفل والعلو لا يزال موجودا من مخلفات العهد القديم . وقد نظمة التقنين المدنى السابق كما قدمنا ، وعن هذا التقنين استمد التقنين المدنى الجديد النصوص الواردة فى هذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠ — وأنظر حكما لمحكمة الاستئناف المختلطة يبرز الفرق بين ملكية العلو والسفل وملكية الطبقات : استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٨م ٣١ ص ٨٦ ، وانظر فى الفقه المصرى الى التمييز بين ملكية العلو والسفل وبين ملكية الطبقات : اسماعيل غانم فقرة ١٤٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٠ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٠ — السيد على المغازى فى ملكية طبقات المنازل سنة ١٩٤٩ فقرة ٤٨ ص ٩١ — ص ٩٤ — وانظر فى عدم التمييز ما بين النوعين مع انهما من مصدرين مختلفين محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٦٥ — محمد على عرفة فقرة ٣٥٩ وما بعدها — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٦ ص ٢١٢ وفقرة ١٨٤ — حسن كيرة فقرة ١٨٤ وما بعدها — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٨٤ — فقرة ١٨٦ .

الشأن (١) .

فاذا اقتصرنا هنا على هذا النظام ، دون خلط بينه وبين نظام الطبقات المفرزة والشيوع الاجبارى الذى سيأتى بيانه فيما يلى ، لزم أن نبين التزامات صاحب السفل ، ثم التزامات صاحب العلو ، وتتفرع كل هذه الالتزامات من حق القرار الثابت للعلو على السفل .

١ — التزامات صاحب السفل

٦١٦ — التزامان :

يلتزم صاحب السفل بما يأتى : (أولا) أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو . (ثانيا) أن يعيد بناء السفل اذا انهدم .

٦١٧ — الالتزام الأول — القيام بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو — نص قانونى :

تنص المادة ٨٥٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو » .

« ٢ — فاذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ، ويجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر باجراء الترميمات العاجلة (٢) .

---

(١) وقد اشتملت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى على خلط واضح بين نظام السفل والعلو ونظام الطبقات المفرزة والشيوع الاجبارى (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩ — ص ١٠ وص ١٦٧ — وانظر فى انتقاد ذلك اسماعيل غانم فقرة ١٤٩ ص ٢٤٧ هامش) .

(٢) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٩ مكررة من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٠ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس =

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٤/٥٥ (١) .

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨١٤ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٦٣ — وفى التقنين المدنى العراقى المواد ١٠٨٢ و ١٠٨٣ و ١٠٨٥ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٧٢ (٢) .

= النواب تحت رقم ٩٢٨ - فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٣ — ص ١٦٤) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٣٤/٥٥ : يجب على مالك الأسفل من طبقات الأماكن اجراء الأشغال والعمارات اللازمة لمنع سقوط العلو المملوك لغيره . فاذا امتنع من اجراء العمارات المقتضية لحفظ العلو المذكور ، جاز الحكم عليه ببيع ما يملكه فى المكان . وعلى كل حال فللقاضى المعين للمواد الجزئية ان يأمر باجراء العمارات الضرورية (وحكم التقنين المدنى السابق يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٨١٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٢ : اذا كان لأحد علو ولآخر سفل ، فلصاحب العلو حق القرار فى السفل . والسقف ملك لصاحب السفل . ولصاحب العلو حق الانتفاع بسطحه انتفاعا معتادا ، لصاحب السفل حق فى العلو يستره من الشمس ويقيه من المطر .

م ١٠٨٣ : اذا كان باب السفل والعلو واحدا ، فلكل من صاحبيهما استعماله استعمالا مشتركا ، فلا يسوغ لاحدهما ان يمنع الآخر من الانتفاع به دخولا وخروجا .

م ١٠٨٥ : ١ — اذا انهدم السفل أو احتاج الى ترميم ، فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه . فان امتنع ، وعمره صاحب العلو باذنه او باذن المحكمة فله الرجوع عليه بما انفقه على العمارة بالقدر المعروف ، وان عمره بلا اذن ، فليس له الرجوع الا بالأقل من قيمتى البناء وقت العمارة او وقت الرجوع . ٢ — ولصاحب العلو ان يمنع فى الحالتين صاحب السفل من الانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله أن يؤجره باذن المحكمة ويستخلص حقه من اجرته .

(وفى التقنين العراقى احكام تفصيلية فى السفل والعلو مستمدة من احكام الفقه الاسلامى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل .

=

وقد قدمنا أن فى نظام السفل والعلو ، يملك السفل صاحبه مفرزاً ويدخل فى ذلك الارض المقام عليها البناء كله ، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك . ويدخل فى ذلك أيضا الاساسات والجدران الرئيسية والسقف، فلا شيء من ذلك يعتبر شائعا شيوعا اجباريا بينه وبين صاحب العلو كما يكون الامر فى نظام الطبقات المفرزة والشيوع الاجبارى الذى سياتى بيانه . ويملك العلو صاحبه مفرزا أيضا على النحو الذى يملك به السفل صاحبه فيما قدمناه . فيدخل فى ذلك الجدران الرئيسية والسقف والارضية . وكل ما يحد العلو بالسفل هو أن للعلو حق القرار على السفل . وحق القرار هذا هو الذى تستمد منه التزامات صاحب السفل نحو صاحب العلو .

وأول التزام يستمد من حق القرار هذا هو أن يقوم صاحب السفل « بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو » (م ٨٥٩/١ مدنى)، وترتيبا على ذلك يكون على مالك السفل « اجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له ، اذ أنها تعتبر ملكا له » (م ٥٧/٣٦ مدنى سابق) ، وذلك منعا لسقوط السقف فيسقط معه العلو . ولا يقتصر الأمر على صيانة السقف وترميمه ، بل يجب على صاحب السفل أيضا صيانة جدران السفل وترميمها عند الاقتضاء ، وبالجملة صيانة جميع أجزاء السفل المملوكة له ملكية مفرزة وترميمها ، وذلك لمصلحة العلو واحتفاظا له بحق القرار على السفل (١) ، ولكنه لا يلتزم الا بترميم سفله ، فلا

= **التقنين المدنى الكويتى** : لا مقابل .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٧٢ : ١ — على صاحب السفل ان يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو . ٢ — فاذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات فللمحكمة بناء على طلب المتضرر ان تأمر باجراء الترميمات اللازمة وللمتضرر الرجوع على صاحب السفل بما يصيبه من نفقات .

(واحكام التقنين الأردنى لا تختلف عن أحكام التقنين المصرى باستثناء ان التقنين المصرى اجاز للقاضى ان يأمر ببيع السفل أو ان يأمر بأجراء الترميمات العاجلة ولم يأخذ التقنين الأردنى باعطاء المحكمة سلطة الأمر ببيع السفل) .

(١) واذا تعدد ملاك السفل ، كانوا مسئولين بالتضامم عن هذا الالتزام (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢٤ . وتتكلم المحكمة عن التضامن لا التضامم) .

يلتزم باجراء ترميمات فى العلو نفسه لمنع سقوطه (١) •

فاذا قصر صاحب السفل فى القيــــام بالتزامه بحيث يترتب على تقصيره تهديد سلامه العلو ، جاز لصاحب العلو ان يلجأ الى القضاء ليلزم صاحب السفل أن يقوم بالاعمال الضروريه فى سفله لمنع العلو مـــن السقوط • ويجوز الاتجاه الى قاضى الامور المستعجله فى ذلك ، اذا كان اجراء الترميمات امرا عاجلا • ويجوز فى جميع الاحوال أن يســتاذن صاحب العلو القضاء فى ان يقوم هو بالترميمات الضروريه فى السفل ، على أن يرجع بما أنفقه فى ذلك على صاحب السفل (٢) • ويجوز لصاحب العلو ، لاسترداد ما أنفقه من مصروفات وقياسا على ما سيجىء فى المادة ٢/٨٦٠ مدنى ، أن يحبس السفل فى يده اذا كان قد تسلمه لترميمــه، وان يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته • ويجوز لصاحب العلو أيضا أن يحصل على اذن فى ايجار السفل أو سكناه ، استيفاء لحقه • وليس فى هذا كله الا تطبيق للقواعد العامة •

ويجوز لصاحب العلو ، بدلا مما تقدم ، أن يطلب من القــاضى أن يأمر ببيع السفل لمن يشتريه ويرممه ، فيمنع بذلك سقوط العلو ، والقاضى يجيب صاحب العلو الى ما يطلب من ذلك ، اذا وجــد مبررا لاجابة الطلب • وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٥٩ مدنى فى صدرها صراحة على ذلك ، اذ تقول : « فاذا امتنع (صاحب السفل) عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل» •

ويلاحظ أن التزام صاحب السفل بترميم سفله منعا لســـقوط العلو التزام عينى ، فيستطيع التخلص منه اذا هـــو تخلى عن ملكية الســـفل (٣) •

---

(١) مصر الكلية الوطنية ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ١٤٢ ص ٣١٥ •

(٢) استئناف مصر ٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨ ص ١٥ — محمد على عرفة فقرة ٣٦٠ ص ٤٨٢ — ص ٤٨٤ •

(٣) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : =

٦١٨ — الالتزام الثاني — اعادة بناء السفل اذا انهدم — نص قانوني :

تنص المادة ٨٦٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا انهدم البناء ، وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله . فاذا امتنع ، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل ، الا اذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه » .

« ٢ — وفى الحالة الأخيرة ، يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته . ويجوز له أيضا أن يحصل على اذن فى ايجار السفل أو سكناه ، استيفاء لحقه » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥٨/٣٧ (٢) .

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨١٥ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٦٤ — وفى

= « أما صاحب السفل فعليه ان يقوم بكل الأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو . وهذا التزام ايجابى يستطيع التخلص منه بالتخلى عن ملكية السفل كما هى القاعدة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٧) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٩ مكررة ثانيا من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية فقد كانت فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ويجوز له أيضا ان يحصل على اذن فى ايجار السفل وفى استيفاء حقه من الأجرة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، تحت رقم ٩٢١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٩ وذلك بعد أن استبدلت لجنة الشؤون التشريعية عبارة « أو سكناه استيفاء لحقه » بعبارة « وفى استيفاء حقه من الأجرة » . ووافق على النص معدلا على هذا النحو مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٥ — ص ١٦٦) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** المادة ٥٨/٣٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : «اذا سقط البناء ، يجب على مالك الطبقة السفلى تجديد بناء طبقته ، والا جاز بيع ملكه بالمحكمة » . (والنص فى مجموعة يتفق مع نص التقنين المدنى الجديد) .

التقنين المدنى العراقى المادتين ١٠٨٤ و ١٠٨٥ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٧٣ (١) .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**
التقنين المدنى السورى م ٨١٥ (مطابق) .
التقنين المدنى الليبى م ٨٦٤ (مطابق)
التقنين المدنى العراقى م ١٠٨٤ : اذا هدم صاحب السفل سفله تعديا يجب عليه تجديد بنائه ويجبر على ذلك .

م ١٠٨٥ : ١ — اذا انهدم السفل أو احتاج الى ترميم ، فعلى صاحبه بناؤه أو ترميمه . فان امتنع ، وعمره صاحب العلو باذنه أو باذن المحكمة فله الرجوع عليه بما انفقه على العمارة بالقدر المعروف . وان عمره بلا اذن ، فليس له الرجوع الا بالأقل من قيمتى البناء وقت العمارة أو وقت الرجوع . ٢ — لصاحب العلو أن يمنع فى الحالتين صاحب السفل من الانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله ان يؤجره باذن المحكمة ويستخلص حقه من اجرته. (والتقنين العراقى يردد أحكام الفقه الاسلامى . ونصوصه فى مجموعها تتفق مع نصوص التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .
التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل .
التقنين المدنى الأردنى م ١٠٧٣ : ١ — اذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل ان يعيد بناء سفله كما فى السابق ، فاذا امتنع وعمره صاحب العلو بأذنه أو باذن المحكمة فله الرجوع بحصة صاحب السفل مما انفق . ٢ — واذا امتنع صاحب السفل وعمره صاحب العلو بدون اذن المحكمة او اذن صاحب السفل فله ان يرجع على صاحب السفل بنصيبه من قيمة البناء وقت التعمير . ٣ — وأما اذا عمر صاحب العلو السفل بدون مراجعة صاحب السفل وثبوت امتناعه فيعتبر صاحب العلو متبرعا وليس له الرجوع بشىء . ٤ — ويجوز لصاحب العلو فى الحالتين الاوليين أن يمنع صاحب السفل من التصرف والانتفاع حتى يوفيه حقه ويجوز له أيضا أن يؤجره باذن المحكمة ويستخلص حقه من اجرته .
(التقنين الأردنى تختلف أحكامه عن احكام التقنين المصرى فى النقاط التالية : ١ — لم يجز التقنين الاردنى بيع حق السفل جبرا عن صاحبه ٢ — نص التقنين الأردنى على انه اذا اجرى صاحب العلو بناء السفل دون مراجعة صاحبه وثبوت امتناعه اعتبر صاحب العلو متبرعا وامتنع عليه الرجوع بشىء ولم ينص التقنين المصرى على ذلك . ٣ — نص التقنين الأردنى — على خلاف التقنين المصرى — انه اذا قام صاحب العلو بتعمير السفل دون اذن المحكمة ورغم امتناع صاحب السفل عن تعميره فانه يرجع عليه فقط بنصيبه من قيمة البناء وقت التعمير) .

ويجب التمييز هنا بين ما اذا كان انهدام البناء بخطأ صاحب العلو أو بغير خطأه .

فان كان بخطأه ، رجع صاحب السفل عليه بالتعويض الواجب ، ولم يكن ملزما باعادة بناء السفل ، ولكنه اذا أعاد بناءه فعلا ، رجع لصاحب العلو حقه فى القرار على السفل بعد أن يكون قد دفع التعويض لصاحب السفل ، ومن ثم يجوز له أن يبنى علوه من جديد مستقرا على السفل .

وان كان انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلو ، سواء كان الانهدام بخطأ صاحب السفل أو بغير خطأه ، فان على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله ، لأن لصاحب العلو حق القرار عليه . فيعيد صاحب العلو بناء علوه مستقرا على السفل ، بعد أن اعاد صاحبه بناءه على ما قدمنا . ثم اذا كان هدم البناء بخطأ صاحب السفل ، وجب على هذا الأخير تعويض صاحب العلو عن الضرر الذى يصيبه من جراء هدم علوه ثم اعادة بنائه .

والمفروض طبعا أن البناء يكون قد وقع بعلوه وسفله ، بأن يكون السفل قد انهدم فترتب على انهدامه انهدام العلو ، أما اذا انهدم العلو وحده ، فلا شأن لصاحب لسفل فى انهدام العلو ، ويرجع صاحب العلو على من يكون قد تسبب فى الانهدام .

واذا كان السفل آيلا للسقوط دون أن ينهدم ، فلصاحب العلو أن يستصدر من السلطة الادارية المختصة أمرا بهدم السفل ، ثم يطالب باعادة بنائه على الوجه الذى قدمناه (١) .

واذا امتنع صاحب السفل عن اعادة بنائه فى الأحوال التى يجب

---

(١) محمد على عرفة فقرة ٣٦١ ص ٤٨٤ — اسماعيل غانم فقرة ١٦٣ ص ٣٧١ .

عليه فيها ذلك ، جاز لصاحب العلو اجباره على اعادة البناء • ويكون ذلك بأن يختار صاحب العلو أحد أمرين ، فاما أن يطلب من القاضى أن يأمر ببيع السفل على صاحبه ، ويكون ثمنه من حق صاحب السفل ، وعلى المشترى أن يعيد هو بناء السفل فانه لم يشتره وهو منهدم الا على هذا الشرط (١) ، أو أن يطلب صاحب العلو من القاضى أن يأذن له فى أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه • فاذا أعاد بناءه ، رجع بما أنفقه على صاحب السفل ، ويكون له ضمانا لاستيفاء حقه أن يحبس السفل فى يده ، بل يجوز له أيضا أن يحصل على اذن القاضى فى ايجار السفل أو سكناه بأجر المثل استيفاء لحقه (٢) •

---

(١) ولا يوجد ما يمنع من ان يكون المشترى هو صاحب العلو نفسه ، وعند ذلك يبنى السفل والعلو ويكون مالكا لهما معا ، ولكنه فى هذه الحالة لا يجبر على البناء ، فله أن يبنى السفل دون العلو ، وله الا يبنى ايا منهما فهذا حقه .

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بل ان المشروع سار شوطا ابعد فى الأخذ بالشريعة الاسلامية فى هذه المسألة الهامة ، فألزم صاحب السفل ، اذا انهدم سفله ، ان يعيد بناءه ، والا بيع السفل . ويجوز لصاحب العلو ان يعيد بناء السفل على نفقة صاحبه ، وله ان يمنع صاحب السفل من سكناه والانتفاع به حتى يوفيه حقه ، وله ان يؤجره باذن القاضى ويستخلص حقه من اجرته . . . م ٦٧ مرشد الحيران » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٨) .

وقد قضى فى عهد التقنين المدنى السابق بأنه اذا امتنع مالك السفل الذى تهدم أن يعيد بناءه ، جاز للمحكمة بحسب الظروف اما أن تحكم ببيع ملكه (م ٣٧ مدنى قديم) ، أو ان تأذن لمالك العلو ببناء السفل على نفقة مالك السفل (م ١١٧ مدنى قديم) . وعلى اى حال لا يجوز الحكم على مالك السفل بدفع تعويض (استئناف وطنى ٦ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٨ ص ١٥) ، وقضى ايضا بان مالك العلو له الحق فى حالة فى حالة سقوط بناء السفل وتجديده ، أن يطلب ابقاء ارتفاع البناء الجديد كما كان قبل السقوط اذا كانت له مصلحة فى ذلك (استئناف وطنى ٧ ابريل سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٠٨ ص ١٦٠) . وقضى ايضا انه اذا سقط العلو ، وكانت حوائط السفل بحالة يمكن معها تحمل اعادة بناء العلو ، الا ان مصلحة التنظيم منعت صاحب العلو من اقامة علوه مراعاة لخط التنظيم ، ورفعت دعوى على صاحب السفل تطالبه بازالة السفل ، ولكن المحكمة قضت لمصلحة صاحب السفل لأن سفله كان بحالة جيدة ، فليس لصاحب العلو أن يلزم صاحب السفل بهدم سفله واعادة بنائه على خط التنظيم ليتمكن هو من اعادة =

٢ — التزامات صاحب العلو

٦١٩ — نص قانونى *

تنص المادة ٨٦١ مدنى على ما يأتى :

« لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٥/٢٦ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨١٦ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٦٥ — وفى التقنين المدنى العراقى المادة ١٠٨٦ — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٧٤ (٣) .

= بناء علوه (استئناف وطنى ٢٧ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٤٤ ص ٩١) ، وقضى بأن قصد الشارع من تكليف صاحب السفل بتجديد بنائه هو جعل ذلك البناء صالحا لحمل العلو بالحالة التى كان عليها قبل السقوط ، دون تغيير أو زيادة فيها . فلا يجوز لصاحب ركوب مكون من دور أن يطلب من صاحب السفل أن يجدد له بناء يقوى على تحمل ثلاث أو أربع طبقات (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٦٥ ص ٣١٢) وقضت محكمة مصر مع ذلك بأنه لا يلزم صاحب السفل باصلاح سفله ليتمكن صاحب العلو من البناء عليه أو ترميم مبانيه ، وانما يجوز بيع السفل جبرا على صاحبه (مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ١٤٢ ص ٣١٥) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٢ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٧ — ص ١٦٨) .

(٢) **التقنين المدنى السابق م ٣٥/٥٦** : لا يجوز لصاحب العلو فى الاماكن ان يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالبناء الأسفل (والحكم واحد فى التقنين السابق والجديد) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

٦٢٠ — عدم الارتفاع بالبناء أو زيادة العبء بحيث يضر بالسفل:
والالتزام الأساسى الذى يقع على عاتق صاحب العلو هو أنه . لما كان له حق القرار على السفل ، لايجوز أن يزيد فى عبء هذا الحق.

ويترتب على ذلك ، أولا ، أنه لايجوز لصاحب العلو أن يبنى طابقا فوق علوه اذا نجم عن ذلك ضرر لصاحب السفل . ولما كان العلو مملوكا ملكية مفرزة لصاحبه كما قدمنا ، فيملك هذا الحيطان الرئيسية والسقف والسطح وغير ذلك من أجزاء العلو ، فأنه يحق له أن يبنى فوق سطحه طابقا جديدا بالعلو الذى يختـــاره مع مراعاة أمرين : ١ — أن يكون العبء من بناء الطابق الجديد لا يضر بالسفل وأن تتحمله أساســات البناء كما سبق القول : ٢ — ألا يكون فى بنائه للطابق الجديد مخالفة للوائح البناء ونظمه .

ويترتب على ذلك ، ثانيا ، أنه لايجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع علوه — دون أن يبنى طابقا جديدا — اذا كانت الزيـــادة فى الارتفاع تضر بالسفل . فان لم تكن تضر به ، وتتحملها أساسات البناء ، وتتفق مع لوائح البناء ونظمه ، جاز له ذلك .

وليس له بوجه عام أن يأتى بأى عمل يكون من شأنه أن يزيد فى عبء العلو (م ٦٨ من مرشد الجيران) .

= **التقنين المدنى السورى :** م ٨١٦ (مطابق) .
التقنين المدنى الليبى : م ٨٦٥ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى : م ١٠٨٦ : ١ — لا يجـــوز لذى العلو أن يبنى بناء جديدا ، ولا أن يزيد فى ارتفاعه ، بغير اذن صاحب السفل ، الا اذا كان ذلك لا يضر بالسفل فله ان يقوم به بغير اذن . ٢ — ولا يجـوز لذى السفل ان يحدث فيه ما يضر صاحب العلو ، مع مراعاة القوانين الخاصة بالبناء .

(وهذه الأحكام تتفق فى مجموعها مع احكام التقنين المصرى) .
التقنين المدنى الكويتى : لا مقـــابل .
التقنين المدنى الأردنى م ١٠٧٤ : لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد فى ارتفاع البناء بحيث يضر بصاحب السفل .
(والتقنين الأردنى يتفق فى حكمه مع التقنين المصرى) .

ويجب ، فوق ذلك ، على صاحب العلو صيانة أرضية علوه من بلاط وألواح ، حتى لا يتأثر سقف السفل من الاهمال فى هذه الصيانة . وكانت المادة ٣٦/٥٧ ، من التقنين المدنى السابق ، كما رأينا (١) تنص صراحة على ذلك اذ تقول : « ... وعلى مالك الطبقة العليا صيانة أرضية طبقته من بلاط وألواح ، وعليه أيضا اجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى » . أما صيانة قاعدة أرضية العلو ، وهى سقف السفل ، فعلى صاحب السفل ، وتنص على ذلك صراحة نفس المادة ٣٦/٥٧ ، كما رأينا (٢) ، اذ تقول : « على مالك الطبقة السفلى اجراء ما يلزم لصيانة السقف والأخشاب الحاملة له ، اذ أنها تعتبر ملكا له » (٣) .

المبحث الثانى

الطبقات المفرزة والشيوع الاجبارى

٦٢١ — مسألتان :

فى التصوير الجديد لملكية الطبقات ، وهو التصوير الذى نقله التقنين المدنى عن القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ ، قدمنا (٤) ، أن البناء يتكون من أجزاء مفرزة هى الطبقات والشقق لكل طبقة أو شقة مالك يستقل بها ، ومن أجزاء شائعة شيوعا اجباريا وهى كل أجزاء البناء الأخرى المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع .

فنبحث : (أولا) الأجزاء الشائعة . (ثانيا) ادارة الأجزاء الشائعة عن طريق اتحاد ملاك الطبقات .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦١٣ .
(٢) انظر آنفا فقرة ٦١٣ .
(٣) انظر آنفا فقرة ٦١٧ .
(٤) انظر آنفا فقرة ٦١٤ .

المطلب الأول

الأجزاء المفرزة والأجزاء الشائعة

٦٢٢ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٥٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فانهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع ، وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا مالم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه » .

« ٢ — وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، وليس للمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه » .

« ٣ — والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، اذ كان هذا التقنين لا يعرف الا نظام السفل والعلو .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع ورود لفظ « السلم » ضمن الأجزاء المشتركة فى المشروع التمهيدى ، ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٧ فى المشروع النهائى ، وحذف لفظ «السلم» دون سبب ظاهر لحذفه ، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٢٥ فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٥ — ص ١٥٨) .

المدنى السورى المادة ٨١١ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٦٠ — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الملكية العقــارية اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٨٤٨ — ٨٥٢ — وفى التقنين المدنى الأردنى المواد ١٠٦٦ — ١٠٦٨ (١) .

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٨١١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٤٨ : ١ — تسرى نصوص المواد التالية على بناء او مجموعة ابنية ، لعدة أشخاص ، كل منهم يملك جزءا مفــرزا وحصة شائعة فى الأجزاء المشتركة . ٢ — ومن يملك جزءا مفرزا يعتبر مالكا حصــة شائعة فى الأجزاء المشتركة ما لم يثبت خلافه .

م ٨٤٩ : ١ — تشمل الأجزاء المشتركة : الأرض ، وهيكل البنـــاء ، واجزاءه وملحقاته غير المعدة للاستعمال الخاص بأحد الملاك ، ويشمل بوجه خاص :

(أ) الأرض المقام عليها البناء ، والافنية ، والممرات الخــارجية ، والحدائق ، ومواقف السيارات . (ب) اساسات البناء ، الأسقف ، والاعمدة المعدة لحملها ، والجدران الرئيسية . (جـ) المداخل ، والممرات الداخلية ، والسلالم ، والمصــاعد . (د) الأماكن المخصصة للحراس وغــيرهم من العاملين فى خدمة البناء . (هـ) الأماكن المخصصة للخدمات المشتركة . (و) كل انواع الانابيب والاجهزة الا ما كان منها داخل احد الأجزاء المفرزة وتقتصر على مالك هذا الجزء . ٢ — كل ما سبق ما لم يرد فى سندات الملك ما يخالفه .

م ٨٥٠ : ١ — الأجزاء المشتركة التى تقتصر منفعتها على بعض المــلاك فقط تكون ملكا مشتركا لهؤلاء الملاك . ٢ — وبوجه خاص تكون الحواجــز الفاصلة بين جزءين من اجزاء الطبقة ملكا مشتركا لمالكيها .

م ٨٥١ : تكون حصة كل مالك فى الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه مفرزا ، وتقدر قيمة هذا الجزء على أساس مساحته وموقعه وقت انشاء البناء .

م ٨٥٢ : الأجزاء المشتركة تقبل القسمة ، ولا يجوز للمالك أن يتصرف فى حصة منها مستقلة عن الجزء الذى يملكه مفرزا ، والتصرف فى الجــزء المفرز يشمل حصة المتصرف فى الأجزاء الشائعة .

(وأحكام التقنين الكويتى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٦٦ : اذا تعدد ملاك طبقات البناية اوشققها المختلفة فانهم يعدون شركاء فى ملكية الارض وملكية أجزاء البناء المعــدة للاستعمال المشترك بين الجميع او اى جزء آخر تسجل بهــذا الوصف =

ويتبين من النص سالف الذكر أن فى الدار المملوكة الطبقات أو الشقق لملاك مختلفين أجزاء مفرزة كل جزء منها يملكه أحد هؤلاء الملاك مستقلا ، وأجزاء شائعة شيوعا دائما هؤلاء الملاك جميعا .

٦٢٣ — الأجــزاء المفرزة :

والأجزاء المفرزة فى البناء متعدد الطبقات هى عادة الطبقات والشقق التى ينقسم اليها البناء ، فكل طبقة أو شقة فى البناء تكون مملوكة ملكية مستقلة لأحد الأشخاص . وتشمل الطبقة أو الشقة كل ما تحتويه مما هو معد للاستعمال الخاص بالمالك ، فتشمل ما يوجد داخل الطبقة أو الشقة من حواجز فاصلة بين الحجرات ، وما يوجد فيها من أنابيب الماء والغاز وأسلاك الكهرباء والأدوات الصحية وغيرها من الأدوات المثبتة ، وكذلك الباب الخارجي والأبواب الأخرى والنوافذ والشرفات ، أما الجدران الرئيسية والأرضية والسقف ، فهذه كلها من الأجزاء الشائعة كما سنرى ، ولكن البلاط والأخشاب التى تكسو الأرضية والسقف والجدران هى ملك خالص لمالك الطبقة أو الشقة .

ولمالك الطبقة أو الشقة ما للملاك من حقوق . فله أن يستعمل

= أو تقتضى طبيعة البناء ان يكون مشتركا فيه وتشمل بوجه خاص ما يلى: ١ — الأساسات والجدران الرئيسية . ٢ — الجدران الفاصلة المشتركة والجدران المعدة للمداخن ولحمل السقف . ٣ — مجارى التهوية . ٤ — ركائز السقوف والقناطر والمداخل والأفنية والأسطح والسلالم واقفاصها والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات والمصاعد وغرف البوابين . ٥ — اجهزة التدفئة والتبريد وسائر أنواع الأنابيب والبالوعات والمزاريب والمجارى والتركيبات والتمديدات المشتركة لتجهيزات الانارة والمياه وملحقاتها وكل مايكون تابعا للبناء الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة . كل ذلك ما لم يوجد فى سندات الملك أو القانون الخاص ما يخالفه .

م ١٠٦٧ : الاجزاء المشتركة من المبنى والمنصوص عليها فى المادة السابقة لا تقبل القسمة ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة نصيبه فى الدار وليس لأى مالك ان يتصرف فى نصيبه مستقلا عن الجزء الذى يملكه .

م ١٠٦٨ : الحوائط المشتركة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين اذا لم تكن فى عداد القسم المشترك .

(وأحكام التقنين الأردني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

طبقته أو شقته ، فيسكنها بنفسه أو يسكنها أحدا من ذويه ، وله أن يستغلها ، فيؤجرها لغيره ، وله أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن طبقته أو شقته ، فيسكنها بنفسه أو يسكنها أحدا من ذويه ، وله أن وغير ذلك من أنواع التصرفات • وله ان يشارك فيها غيره على الشيوع فتكون مملوكة على الشيوع لشخصين أو أكثر ، وذلك مالم يتفق الملاك على منع التجزئة ، فيكون لكل طبقة أو شقة مالك واحد منعا من تكاثر الملاك وانخفاض قيمة الدار تبعا لذلك •

ويجب على المالك الا يغلو فى استعمال حق ملكه فيضر بجيرانه — وهم هنا من ألصق الجيران اذ هم الساكنون معه فى نفس الدار — ضررا غير مألوف ، وعلى ذلك لايجوز له أن يقوم بأى عمل فى الطبقة أو الشقة يكون من شأنه أن يوهن البناء أو يضعف من متانته • وعليه أن يقوم بصيانة ما يكسو أرضية طبقته أو شقته وسقفها من بلاط وأخشاب ، حتى لا تتأثر قواعد الأرضيات والسقوف وهى ملك شائع من التقصير والاهمال فى الصيانة •

٦٢٤ — الأجزاء الشائعة :

وتعتبر أجزاء شائعة ، طبقا لنص المادة ١/٨٥٦ مدنى ، « أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع » • فيدخل اذن ضمن الأجزاء الشائعة ما ذكرته المادة ١/٨٥٦ مدنى ، لا على سبيل الحصر ، من أرض أقيم عليها البناء ، ومن أساسات وجدران رئيسية ومداخل وأفنية وأسطح ومصاعد وممرات ودهاليز ، وقواعد الأرضيات والأسقف ، وأنابيب المياه والغاز وأسلاك الكهرباء الا ما كان من ذلك داخل الطبقة أو الشقة كما رأينا (١) ، وقد أغفل نص المادة ١/٨٥٦ مدنى ذكر السلم بين الأجزاء الشائعة ، مع أنه كان واردا فى المشروع التمهيدى للنص (٢) • والظاهر أن هذا الاغفال جاء سهوا لا قصدا ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٢٣ •

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٢٢ ص ١٠١٨ هامش ١ •

فيدخل السلم أيضا بين الأجزاء الشائعة اذ هو من أهم هذه الأجزاء ، وقد قدمنا أن تعداد النص للاجزاء الشائعه لم يجيء على سبيل الحصر (١) . ويدخل أيضا ضمن الأجزاء الشائعه ، غير السلم مما هو ليس مذكورا فى النص ، غرفه البواب ومحل سكنه ، والحديقة او الحدائق المشتركه ، واعالى المداخن ، وبالجمله كل ما كان معدا للاستعمال المشترك بين الجميع .

على أن الأصل أن تحدد سندات الملك الأجزاء الشائعة والأجزاء المفرزة فى البناء ، وتشتمل على تقدير لقيمة الأجزاء المفرزة للاستعانة بها عند توزيع النفقات والتكاليف على الملاك المتعددين ، وعند تحديد حصة كل مالك فى الأجزاء الشائعة . فيجوز أن يذكر الملاك فى سندات الملك أجزاء أخرى غير التى ذكرها القانون على أنها أجزاء شائعة ، كما يجوز أن يستبعدوا من الشيوع ما ذكر القانون انه شائع . فالعبرة أولا بسندات الملك . ويجيء بعد ذلك ما نص عليه القانون .

وقد أضافت الفقرة ٣ من المادة ٨٥٦ مدنى ، كما رأينا (٢) ، أن « الحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين » . فهى أذن لا تكون شائعة بين الجميع ، ويقاس على ذلك ما كان خاصا ببعض الشقق دون بعض ، كباب أو دهليز بشقتين دون غيرهما من الشقق .

٦٢٥ — حقوق الملاك فى الأجزاء الشائعة — نص قانونى :

والأجزاء المشتركة التى تقدم بيانها تعتبر مملوكة ملكية شائعة لجميع ملاك الطبقات والشقق . والشيوع هنا اجبارى دائم لا يقبل القسمة ، وحصة كل مالك فى هذه الأجزاء تكون بنسبة قيمة الجزء المفرز الذى له فى الدار . وليس له أن يتصرف فى هذه الحصة تصرفا مستقلا عن التصرف فى الجزء المفرز الذى يملكه ، اذ أن الحصة فى الأجزاء

---

(١) قارن محمد على عرفة فقرة ٣٥٥ ص ٤٢٥ .
(٢) انظر آنفا فقرة ٦٢٢ .

الشائعة تابعة تبعية مطلقة للجزء المفرز الذى يملكه المالك ، وقد أعدت إعدادا كاملا لخدمة هذا الجزء ، وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ مدنى ، كما رأينا (١) : « وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لاتقبل القسمة ، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ، وليس للمالك ان يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه » .

والعبرة فى تقدير قيمة الجزء المفرز الذى يملكه المالك — وهذه القيمة تحدد حصته فى الأجزاء الشائعة كما راينا وكذلك نصيبه فى التكاليف المشتركة كما سنرى (٢) — بوقت انشاء الدار ، وتذكر عادة هذه القيمة فى سند التمليك ومن ثم لا تتغير القيمة بما يمضى من الزمن من وقت انشاء الدار ، وما يستتبع ذلك من استهلاك البناء ، ولاتتغير بالتغييرات الخارجية كانشاء شارع امام جانب من جوانب الدار او انشاء حديقة كانت امام جانب آخر ، او بالتغيرات الداخلية كتحسين المالك لشقته أو لطبقته من الداخل . بل تبقى القيمة ثابتة كما كانت وقت انشاء الدار كما قدمنا (٣) .

أما فيما يتعلق باستعمال كل مالك للأجزاء الشائعة فى سبيل الانتفاع بالجزء المفرز الذى يملكه ، فتنص المادة ٨٥٧ مدنى على ماياتى :

« ١ — كل مالك ، فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار ، حر فى أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له ، على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم » .

« ٢ — ولا يجوز احداث أى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٢٢ .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٦٢٦ .

(٣) انظر فى الخلاف فى هذه المسألة اسماعيل غانم فقرة ١٥٣ — وانظر فى الاعتداد بالتغيرات الخارجية دون الداخلية السيد على المغازى فقرة ١٨ ص ٣٤ وفقرة ٣٢ ص ٦٤ — ص ٦٥ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٧ ص ٢١٤ وفقرة ١٨١ ص ٢١٧ — وانظر فى الاعتداد بالتغيرات الخارجية والداخلية معا محمد على عرفة فقرة ٣٥٧ ص ٤٧٩ — ص ٤٨٠ — وانظر فى عدم الاعتداد بأية تغييرات خارجية كانت او داخلية اسماعيل غانم فقرة ١٥٣ — ص ٣٥٦ — ص ٣٥٧ .

موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء ، الا اذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة من شأنه أن يسهل استعمال تلك الأجزاء ، دون أن يغير من تخصيصها ، أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين (١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨١٢ ـ وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٦١ ـ وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل ـ وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل ـ وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٨٥٥ و ٨٥٦ و ٨٥٧ ـ وفى التقنين المدنى الأردنى المادتين ١٠٦٩ و ١٠٧١ (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ص ١٥٨ ـ ص ١٦٠) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٨١٢ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٥٥ : لكل مالكا ، فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه مفرزا ان يستعمل الاجزاء المشتركة ، فيما خصصت له ، مع مراعاة حقوق غيره من الملاك .

م ٨٥٦ : ١ ـ يجوز لكل مالك ان يحدث على نفقته تعديلا فى الأجزاء المشتركة اذا كان من شأنه تحسين الانتفاع بذلك الأجزاء دون أن يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين . ٢ ـ ويجب ، قبل احداث التعديل ، الحصول على موافقة الجمعية العمومية للاتحاد وفقا لنص المادة ٨٦٧ ، وفى حالة عدم وجود اتحاد الحصول على موافقة اغلبية ثلاثة ارباع الانصبة ، فاذا لم يحصل على الموافقة كان له ان يطلب من المحكمة التصريح له باجرائه .

م ٨٥٧ ـ لا يجوز لأى مالك ان يقوم بعمل من شأنه ان يهدد سلامة البناء أو يغير من شكله أو مظهره الخارجى .

(ويختلف التقنين الكويتى عن التقنين المصرى فى ان التقنين الكويتى يستلزم الحصول على موافقة الجمعية العمومية للاتحاد او موافقة ثلاثة أرباع الأنصبة أو تصريح من المحكمة بأجرائه فى حين أن التقنين المصرى استلزم

ويتبين من هذا النص أن كل مالك من ملاك الطبقات والشقق له أن يستعمل الأجزاء الشائعة فيما خصصت له ، وعلى الوجه الذى لايضر بالدار ، ولا يحول دون استعمال باقى الملاك لهذه الأجزاء الشائعة نفسها . فله أن يدخل من الباب العام للبناء فى أى وقت ، وأن يستعمل السلم أو المصعد للوصول الى طبقته أو شقته ، وأن يوصل أنابيبه ومواسيره الداخلية بالأنابيب والمواسير المشتركة للدار فى الماء والغاز والكهرباء ، وأن يحفر داخل الجدار الرئيسية دواليب ومداخن لاستعماله الخاص ، وأن يضع فى هذه الجدران أنابيبه ومواسيره الخاصة . ويجوز لمالك الطبقة السفلى من الدار أن يفتح بابا فى الجدار الرئيسى أو أن يحول نافذة الى باب ، على شرط ألا يخل ذلك بمتانة البناء ولا بمظهره الخارجى (١) . ولكن لا يجوز لمالك الطبقة السفلى أن يحفر سراديب تحت الأرض أو آبارا ، ولا يجوز لمالك الطابق الأعلى أن يبنى طابقا جديدا فوق طابقه فان جدران طابقه الرئيسية وسقفه معتبرة ضمن الأجزاء الشائعة كما قدمنا ، وهذا بخلاف صاحب العلو فقد رأيناه يستطيع أن يبنى فوق علوه بناء جديدا اذا كان ذلك لا يضر بالسفل (٢) .

= الحصول على موافقة جميع الملاك لاجراء اى تعديل فى الأجزاء المشتركة الا اذا كان هذا التعديل يسهل للاخرين استعمال الأجزاء المشتركة ولا يغير من تخصيصها وانه ستجريها على نفقته الخاصة) .

التقنين الأردنى م ١٠٦٩ : لكل مالك ان ينتفع بالأجزاء المشتركة فيما اعدت له على الا يحول ذلك دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم .

م ١٠٧١ : لايجوز لاى مالك احداث تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء الا اذا كان التعديل الذى يقوم به من شأنه ان يعود بالنفع على تلك الأجزاء ودون ان يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين .

(واحكام التقنين الأردنى تتفق بوجه عام مع احكام التقنين المصرى باستثناء ان التقنين الأردنى لم يستلزم ان يتم التعديل على نفقة من يجريه فى حالة عدم استلزام الحصول على موافقة جميع الملاك على التعديل) .

(١) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ جازيت دى باليه ١٩٣٩ = ١ - ١٠٦٠ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٢٠ .

ولا يجوز لمالك الطبقة أو الشقة ادخال أى تعديل فى الاجزاء الشائعة للدار بغير موافقه سائر الملاك (١) . وانما يجوز له ، بغير موافقه الملاك ، ادخال تعديلات يكون من شانها تيسير استعمال الجزء الشائع دون تغيير فى تخصيصه ودون الحاق ضرر بالملاك الاخرين ، كأن يوسع السلم أو يحول المصعد الى مكان اليق ، بشرط ان يكون ذلك على نفقته الخاصة (٢) .

---

(١) ولكن اذا تكون اتحاد لملاك الطبقات والشقق — كما سيجيء — فانه يجوز لهذا الاتحـــاد ، بالأغلبية العادية ، أن يقرر ادخال اى تعديل فى الاجزاء الشائعة . وكذلك يجوز ، دون تكوين اتحاد للملاك ، وطبقا للقواعد المقرره فى ادارة الشيوع العادي ، للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع الأجزاء الشائعة ان يقرروا ادخال تعديلات تخرج عن حدود الادارة المعتـــادة ، وللأقلية حق التظلم اما المحكمة (م ٨٢٩ مدنى) — انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ١٥٤ ص ٣٥٩ هامش ١ — وقارن السيد على المغازى فقرة ٧١ ص ١٢٢ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٩ — ص ١٦٠ .

ويذهب بعض الفقهاء الى أن تصوير ملكية الطبقات على أنها ملكيـــة اجزاء مفرزة تتبعها ملكية أجزاء شائعة تصوير ناقص ، اذ أن هذا من شأنه ان يعدم اتصال أجزاء البناء المفرزة بعضـــها ببعض ككل لا يتجزأ فى بنـــاء واحد . والأولى أن يقال ان ملاك الطبقات يملكون البناء كله شائعا ، على ان يكون لكل منهم منفردا حق استعمال الطبقة أو الشقة التى تخصه ، ثم يستعمل مع غيره من الملاك سائر الأجزاء الشائعة (Hébraud ص٥ وما بعدها Chevallier ص ٧٩ — Azoulay رســـالة من باريس ســـنة ١٩٥٦ Mazeaud ٢ فقرة ١٣٢٦ ص ١٠٨٣) . وهذا التصوير يؤدى الى القول بأن الطبقات أو الشقق بين الملاك ، وانما تقسم بينهم قسمة اقرب الى أن تكون قسمة مهايأة مكانية ، لكل منهم الطبقة او الشقة التى تخصه ، ولكن المهايأة المكانية هنا تكون مهايأة دائمة .

على أن هذا التصوير لم يسد فى القضاء الفرنسى ، وتتمســـك محكمة النقض الفرنسية بالتصوير المألوف من ان لكل مالك طبقة او شـــقة يملكها وحده ملكية مفرزة مستقلة ، ويشارك بعد ذلك بحصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة (نقض فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٥ جازيت دى باليه ١٩٥٦ — ٢ — ٥٢ — وانظر ايضا كاروبونييه ص ٢٠٠ — مارتي ورينو فقـــرة ٢٤٠ ص ٢٤٩ — ص ٢٥٠) — وانظر فى تطوير الفقه الفرنسى فى طبيعة ملكية الطبقات مارتي ورينو فقرة ٢٤٠ .

وانظر فى جواز اجبار المالكين فى الشيوع لبناء على أن يقسموه فيما بينهم طبقات مارتي ورينو فقرة ٢٤١ .

٦٢٦ — تكاليف الأجزاء الشائعة — نص قانوني :

تنص المادة ٨٥٨ على ما يأتي :

« ١ — على كل مالك ان يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها ، ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك » .

« ٢ — ولا يجوز للمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر » (١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨١٣ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٦٢ — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى المادة ٧٢ — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٥٨ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٧٠ (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا ان العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى كانت تجرى كما يأتى : « هذا اذا لم تتعرض سندات الملك لشىء من ذلك ، او اذا تناقضت هذه السندات بعضها مع البعض الآخر » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٩ فى المشروع النهائى ، بعد استبدال العبارة الآتية « ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك » بالعبارة الأخيرة من الفقرة الأولى . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٢٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦١ — ص ١٦٣) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٨١٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٧٢ : اذا كانت طوابق بيت تخص مالكين مختلفين ، فان التصليحات والتجديدات فى البناء تكون خاضعة للأحكام التالية ، ما لم يكن هناك شروط مخالفة مذكورة فى سندات الملكية : كلفة الجدران الضخمة والسقوف هي على عاتق جميع أصحاب العقار ، =

ويؤخذ من هذا النص أن تكاليف حفظ الأجزاء الشائعة وصيانتها وادارتها وتجديدها عند الاقتضاء يساهم فيها جميع الملاك ، لأنهم جميعا ينتفعون بالأجزاء الشائعة ، أو هي في القليل معدة لانتفاعهم بها . ويدخل في ذلك تكاليف ترميم الأجزاء الشائعة اذا احتاجت الى ترميم ، واصلاح المصعد ، ومصروفات الصيانة العادية من كنس ورش ، ونفقات تجديد ما يجب تجديده من هذه الأجزاء الشائعة كتجديد الباب العام للدار أو الآلة الرافعة للمياه ونحو ذلك . وتدخل أيضا تكاليف المياه والكهرباء ، ومصروفات صيانة المصعد والسلم ، وأجور الأشخاص

= كل واحد بنسبة الطابق الذي يملكه . على صاحب كل طابق كلفة ارض الطابق التي يمشي عليها . على صاحب الطابق الأول كلفة الدرج المؤدى الى ذلك الطابق ، وعلى صاحب الطابق الثاني كلفه الدرج الذي يؤدي اليه ابتداء من الطابق الأول وهلم جرا . (والتقنين اللبناني استقى هذا النص من المادة ٦٦٤ مدني فرنسي) .

التقنين المدني الكويتي م ٨٥٨ : ١ ـ نفقات حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها يتحملها جميع الملاك كل بنسبة حصته في تلك الأجزاء . ٢ ـ ومع ذلك فنفقات الخدمات المشتركة ، التي تخص بعض الملاك او يتفاوت الانتفاع بها تفاوتا واضحا توزع بنسبة ما يعود منها على كل طابق او شقة من منفعة . ٣ ـ كل ذلك ما لم يتفق على خلافه .

(ويختلف التقنين الكويتي عن التقنين المصري في نقطتين : ١ ـ لم يحظر التقنين الكويتي ـ كما فعل التقنين المصري ـ تخلي المالك عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في تكاليف صيانتها وتجديدها وادارتها ، ٢ ـ جعل التقنين الكويتي توزيع النفقات التي تخص بعض الملاك فقط أو يتفاوت الانتفاع بها تفاوتا واضحا ، على اساس نسبة ما يعود منها على كل طابق او شقة من منفعة ، ولم ينص التقنين المصري على هذا) .

التقنين المدني الأردني م ١٠٧٠ : ١ ـ على كل مالك ان يشترك في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها ويكون نصيبه في التكاليف بنسبة قيمة ما يملك في العقار طبقا لما هو مبين في نظام ادارة البناء وكل مالك يتسبب في زيادة نفقات البناء يكون مسئولا عنها . ٢ ـ ولا يحق لمالك ان يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في التكاليف .

(واحكام التقنين الاردني تتفق مع احكام التقنين المصري وقد اضاف التقنين الأردني عبارة تلقي مسئولية النفقات التي يتسبب فيها مالك على عاتقه وحده دون باقي الملاك) .

الموكلين بتعهد هذه الأجزاء الشائعة وبخاصة أجرة البواب ، والعوائد التى تجبيها البلدية ، والضرائب المفروضة ، وأقساط التأمين على الأجزاء الشائعة .

ومساهمة كل مالك فى هذه التكاليف تكون بنسبة قيمة طبقته أو شقته ، كما هى مقدرة وقت انشاء الدار كما سبق القول (١) .

واذا كان المالك ملزما بالمساهمة فى هذه التكليف التزاما عينيا ، الا أنه مع ذلك لا يستطيع التخلص من هذا الالتزام عن طريق التخلى عن ملكية حصته فى الأجزاء الشائعة ، بل هو لا يستطيع التخلص الا اذا تخلى عن ملكية طبقته أو شقته نفسها بما يتبعها من حصة فى الأجزاء الشائعة . والسبب فى ذلك أنه اذا اقتصر على التخلى عن ملكية الحصة الشائعة ، فانه فى الغالب من الأحوال سيستمر مستعملا للأجزاء الشائعة كما كان الأمر قبل التخلى ، فهو لابد منتفع بالباب للدخول ، والسلم للصعود ، وبالجدران الرئيسية والأسقف والأرضيات وما الى ذلك . وحتى لو استطاع أن يمتنع عن الانتفاع ببعض الأجزاء الشائعة كالمصعد والحديقة ، فانه يصعب عمليا مع ذلك حساب نصيبه ، فينجم عن التخلى منازعات لا تنتهى .

كذلك يستوى فى المساهمة فى هذه التكاليف أن ينتفع المالك فعلا بالأجزاء الشائعة أو لا ينتفع ، فهى معدة لانتفاعه فى جميع الأحوال . ويستوى أن يكون انتفاعه بها بالمقدار الذى يساهم به فى التكاليف ، فصاحب الطبقة العليا اذا كانت قيمتها قليلة ينتفع بالمصعد أو السلم أكثر مما ينتفع به صاحب الطبقة الأدنى ذات القيمة الكبيرة ، ومع ذلك يساهم بنسبة أقل (٢) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٦٢٥ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٢ .

٦٢٧ — ادارة الأجزاء الشائعة :

ولما كانت الأجزاء المشتركة شائعة بين جميع ملاك الطبقات والشقق كما قدمنا ، فان ادارتها تتبع فيها القواعد التى تقدم ذكرها فى ادارة المال الشائع .

فقد يتفق الملاك على وكيل عنهم لادارتها . وغالبا يكون الوكيل هو بواب العمارة . وقد يقوم أحد الملاك بالادارة فعلا ، فتثبت له الوكالة الضمنية اذا سكت بقية الملاك مرتضين ادارته .

واذا لم يكن هناك وكيل ، فالادارة العادية تكفى فيها أغلبية الملاك على أساس قيمة الطبقات والشقق التى يملكونها . ولهذه الأغلبية أن تعين مديرا ، وأن تضع نظاما لادارة الاجزاء الشائعة والانتفاع بها (م ٨٢٨ مدنى) . اما الأدارة غير العاديه ، فلابد فيها من أغلبيه خاصة هى أغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة . وللاقلية أن تتظلم من قرارات هذه الأغلبية الى القضاء (م ٨٢٩ مدنى) . وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام فى ادارة المال الشائع .

ولكن الشيوع هنا شيوع دائم اجبارى ، ولا يجوز فيه طلب القسمة كما سبق القول ، فى حين أن الشيوع العادى شيوع موقت يجوز فيه طلب القسمة فتضع القسمة حدا لمتاعب الادارة المشتركة . لذلك كفل القانون لملاك الطبقات والشقق ، وهم لا يستطيعون طلب قسمة الأجزاء الشائعة ، أن يكونوا اتحاد منهم لادارتها ، وهذا ما ننتقل الآن اليه .

المطلب الثانى

ادارة الأجزاء الشائعة عن طريق تكوين اتحاد

٦٢٨ — نص قانونى :

تنص المادة ٨٦٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم الى طبقات وشقق ، جاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم » •

« ٢ ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها » (١) •

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق •

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٨١٧ — وفى التقنين المدنى الليبى م ٨٦٦ • وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٨٥٩ و ٨٦٠ و ٨٥٣ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٧٥ (٢) •

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض خلاف لفظى طفيف ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٣ فى المشروع النهائى ، بعد تعديلات لفظية طفيفة . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣١ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦٩ — ص ١٧٠) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٨١٧ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٥٩ : ١ — يجوز للملاك بأغلبية الأنصبة ، أن يكونوا اتحادا لادارة العقار وضمان حسن الانتفاع به . ٢ — ويكون لاتحاد الملاك شخصية اعتبارية من تاريخ شهر الاتفاق على تكوينه . ٣ — وينظم شهر اتحاد الملاك بقرار يصدر من وزير العدل .

م ٨٦٠ : ١ — اذا لم يوجد اتحاد للملاك تكون ادارة الأجزاء المشتركة وفقا لما يتم الاتفاق عليه فى النظام المشار اليه فى المادة ٨٥٣ والقواعد العامة فى ادارة الملكية الشائعة . ٢ — فاذا وجد اتحاد الملاك تسرى النصوص التالية واللائحة العامة لادارة ملكية الطبقات والشقق التى تصدر بمرسوم .

م — ٨٥٣ : ١ — للملاك بأغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة أن يضعوا نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار وادارته . ٢ — ولا يجوز أن تفرض فى النظام =

ويتبين من هذا النص أن ملاك طبقات البناء وشققها يجوز لهم أن يكونوا فيما بينهم اتحادا لادارة الأجزاء الشائعة فى البناء . وذلك اذا رغبوا فى الانتفاع بما يكون للاتحاد فى ادارة الأجزاء الشائعة من سلطات أوسع وتيسيرات أكثر عما يكون عليه الأمر لو أنهم اقتصروا على تطبيق القواعد التى سبق تقريرها فى ادارة المال الشائع .

ويجب ، لتكوين هذا الاتحاد ، اجماع الملاك على تكوينه (١) ، اذ

= قيود على ملكية الأجزاء المفرزة او المشتركة لا يبررها تخصيص هذه الأجزاء أو موقعها .

ويختلف التقنين الكويتى عن التقنين المصرى فى الأمور التالية : ١ — لم يتضمن التقنين الكويتى نصا بشأن تكوين اتحاد لبناء العقارات او مشتراها لتوزيع ملكية اجزائها على اعضائها . ٢ — أورد التقنين نصا مستحدثا يعالج حالة عدم تكوين اتحاد بأن أعطى لأغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة حق وضع نظام لضمان حسن الانتفاع بالعقار وادارته . ٣ — حرص التقنين الكويتى على الا تفرض فى النظام الذى يضعه الملاك اية قيود على ملكية الأجزاء المفرزة او المشتركة بدون مبرر . ٤ — نص التقنين الكويتى على تمتع الاتحاد بالشخصية الاعتبارية بعد شهره .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٧٥ : ١ — حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم الى طبقات أو شقق جاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم لادارته وضمان حسن الانتفاع به . ٢ — ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد وبناء العقارات او مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها . ٣ — يخضع الاتحاد فى تأليفه ونظامه وادارته وصلاحيته وما يتعلق به لأحكام القوانين الخاصة بذلك .

(وأحكام التقنين الأردنى تتفق مع أحكام التقنين المصرى باستثناء أنه ترك احكام تأليف الاتحاد ونظامه وادارته وصلاحيته تنظم بقوانين خلصة). خاصـــة) .

(١) فاتحاد الملاك فى القانون المصرى جوازى لا اجبارى ، بل يجب فى تكوينه اجماع ملاك الطبقات والشقق . اما فى القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ ، فاجتماع ملاك الطبقات والشقق فى اتحاد (syndicat) اجبارى ، ويتم بحكم القانون . ذلك أن ادارة المال الشائع فى القانون الفرنسى ، فى الشيوع العادى ، لابد فيه من الاجماع ، وهذا النظام يتعذر تطبيقه فى الأجزاء الشائعة للبناء الواحد . ومن ثم جعل القانون الفرنسى اجتماع الملاك فى اتخاذ أمرا اجباريا فى حين أن القانون المصرى قد نظم الشيوع العادى تنظيما يكفل للأغلبية حق الادارة ، فلم تكن هناك ضرورة ملحة — كما وجدت فى القانون الفرنسى — الى جعل اتحاد الملاك اجباريا (انظر اسماعيل غانم فقرة ١٥٤ ص ٣٥٨ هامش ٣ — وقارن محمد على عرفة فقرة ٣٦٣ ص ٤٨٨) .

أن سلطاته أوسع من سلطات المدير العادى للمال الشائع كما سبق القول • ويكون جميع الملاك أعضاء فى الاتحاد ، ما داموا قد أجمعوا على انشائه •

وليس من الضرورى أن يتكون هذا الاتحاد بعد انشاء البناء ، بل يجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد هو بالذات الحصول على بناء متعدد الطبقات والشقق ، يبنيه الاتحاد أو يشتريه ، ثم يوزع طبقاته وشققه على الأعضاء • وفى هذا تشجيع كبير على الاكثار من ملكية الطبقات ، أشد ما تكون الحاجة اليها فى وقت اشتدت فيه أزمة المساكن عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية ، وعلى أثر تزايد السكان تزايدا مضطردا سريعا •

ونتكلم أولا فى اتحاد الملاك ، ثم فى مأمور اتحاد الملاك •

١ — اتحاد الملاك

٦٢٩ — اتحاد الملاك يعتبر جمعية لها شخصية معنوية :
الواضح أن اتحاد الملاك هو جمعية من جميع ملاك الطبقات والشقق فى البناء الواحد ، وقد تكونت لغرض غير الحصول على ربح مادى ، وهذا الغرض هو ادارة الأجزاء الشائعة فى البناء لمصلحة جميع الأعضاء (١) •

ويتمتع اتحاد الملاك بالشخصية المعنوية ، شأنه فى ذلك شأن أية جمعية ، يدل على ذلك بوجه خاص أنه يتعامل فى الحياة المدنية باعتباره شخصا ، فكل قرض يمنحه لأحد الملاك الشركاء لتمكينه من القيام بالتزامه يكون مضمونا بحق امتياز لمصلحة الاتحاد (باعتباره شخصا معنويا) على الجزء المفرز الذى يملكه الشريك وعلى حصته الشائعة فى

---

(١) انظر المادة الأولى من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة (قانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦) . وانظر اسماعيل غانم فقرة ١٥٥ .

الأجزاء المشتركة من العقار (م ٨٦٩ مدنى) • ويدل على ذلك أيضا أن الاتحاد يقاضى ويقاضى ، ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء حتى فى مخاصمته الملاك الشركاء اذا اقتضى الأمر (م ٨٦٦/٢ مدنى) •

فلاتحاد الملاك اذن شخصية معنوية مستقلة عن شخصية ملاك الطبقات والشقق ، وتبعا لذلك تكون له ذمة مالية مستقلة •

ولكن لاتحاد الملاك تنظيم خاص به يختلف عن تنظيم الجمعيات بوجه عام • فلا يشترط أن يكون للاتحاد نظام مكتوب كما يشترط ذلك فى الجمعية ، ولا أن يكون للاتحاد مجلس ادارة ويكفى أن يدون له مأمور كما سنرى ، وتتخذ قرارات الاتحاد بأغلبية الملاك جميعا من حضر ومن لم يحضر وفى الجمعية بأغلبية الأعضاء الحاضرين • واذا تألف اتحاد لتشييد أو لشراء بناء ذى طبقات وشقق متعددة وتوزيعها على أعضائه ، فان هذا الاتحاد يتخذ فى أول الأمر صورة الجمعية ، وهو فى الغالب يتخذ صورة الجمعية التعاونية حتى يستفيد من المزايا التى تمنحها الدولة لهذا النوع من الجمعيات (١) •

واذا كان لاتحاد الملاك شخصية معنوية وذمة مالية ، فانه مع ذلك لا يعتبر مالكا للبناء ، بل ملاك البناء بأكمله هم أصحاب الطبقات والشقق ، يملكون بعض البناء مفرزا وبعضه شائعا على التفصيل الذى قدمناه (٢) • والاتحاد له ماله الخاص ، ويتكون فى الغالب من الاشتراكات التى قد يلزم الأعضاء بدفعها ، ومن المال الذى يجمعه من الأعضاء للانفاق منه على ادارة الأجزاء الشائعة ، ومن القروض التى قد يحصل عليها لاقراض الأعضاء •

---

(١) اسماعيل غانم فقرة ١٥٥ ص ٣٦٠ هامش ٣ — جابر جاد عبد الرحمن فى إقتصاديات التعاون جزء اول فى البنيان التعاونى سنة ١٩٥٦ فقرة ١٠ ص ١٣٣ — ص ١٤٣ — حلمى مراد فى التعاون من الناحيتين المذهبية والتشريعية سنة ١٩٦١ فقرة ٥٨ ص ١٠١ — ص ١١٢ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٢٣ — فقرة ٦٢٤ .

٦٣٠ — وضع نظام لادرة الأجزاء الشائعة — نص قانونى :

تنص المادة ٨٦٣ مدنى على ما يأتى :

« للاتحاد أن يضع ، بموافقة جميع الأعضاء ، نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وحسن ادارته (١) » .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨١٨ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٦٧ — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٦٠/٢ — وفى التقنين المدنى الأردنى المادة ١٠٧٥/٣ (٢) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز للنقابة ان تضع لائحة تكفل حسن الانتفاع بالعقار المشترك وتقرر قواعد لادارته المشتركة ، بشرط ان يوافق جميع الأعضاء على هذه اللائحة . ٢ — ولا تكون اللائحة ملزمة لخلف خاص لأحد أعضاء النقابة الا بعد تسجيلها » . وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٤ فى المشروع النهائى ، بعد حذف الفقرة الثانية وادخال تعديلات لفظية فى الفقرة الأولى ، فأصبح النص بذلك مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧١ — ص ١٧٢) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٨١٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٦٧ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٦٠/٢ : ٢ — فاذا وجد اتحاد الملاك تسرى النصوص التالية واللائحة العامة لادارة ملكية الطبقات والشقق التى تصدر بمرسوم .

(يختلف التقنين الكويتى عن التقنين المصرى فى انه لم يترك وضع نظام ادارته للاتحاد بل نص على صدور مرسوم بلائحة عامة تصدر بمرسوم توضح نظام الادارة لجميع اتحادات الملاك) .

ويؤخذ من هذا النص أن الاتحاد بالخيار ، اما أن يضع لائحة تنظميه يسير عليها فى تمكين الاعضاء من الانتفاع بالأجزاء الشائعة من البناء وفى حسن ادارة هذه الأجزاء الشائعة ، أو ألا يضع لائحة ما ويكتفى باتخاذ القرارات الفردية اللازمة لادارة الأجزاء الشائعة .

وهو اذا وضع لائحة ، فانه يتقيد بها ولا يستطيع ان ينحرف عنها . لذلك أوجب المشرع أن تكون هذه اللائحة « بموافقة جميع الاعضاء » ، فلا يجوز تعديلها اذن الا بموافقه جميع الاعضاء أيضا . وهذا يكفل استقرار العمل فى الاتحاد ، ويجعل سير الادارة موطدا منتظما على هدى من قواعد مقررة ونظام موضوع . ولو جعلت الأغلبية تكفى فى هذه اللائحة ، لاختلطت القرارات التنظيمية بالقرارات الفردية ، ولكفت الأغلبية فى اتخاذ القرارات الفردية وفى تعديل اللائحة نفسها . ولترتب على ذلك أنه يمكن تعديل اللائحة بنفس الأغلبية التى يمكن بها اتخاذ القرارات الفردية ، فلا تصبح للائحة قيمة فى استقرار الادارة . اذ يكفى عند ذلك ، اذا بدا للأغلبيه اتخاذ قرار فردى مخالف للائحة التنظيمية ، أن تبدأ هذه الأغلبية بتعديل اللائحة ، ثم تتخذ القرار الفردى الذى تريده بعد هذا التعديل .

وقد يعترض على ذلك بأنه فى ادارة المال الشائع العادى ، تكفى الأغلبية لوضع نظام للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع (م ٢/٨٢٨ مدنى) ، فكيف يطلب الاجماع فى وضع لائحة لادارة الأجزاء الشائعة للبناء ذى الطبقات المتعددة (١) ؟ ولكن يلاحظ أن الاقتصار على مجرد الأغلبية فى وضع لائحة لادارة الشيوع العادى ، انما روعى فيه أن

= التقنين المدنى الأردنى م ٣/١٠٧٥ : ٣ — ويخضع الاتحاد فى تأليفه ونظامه وادارته وصلاحيته وما يتعلق به لأحكام القوانين الخاصة .

(لم يعط التقنين الأردنى لاتحاد الملاك أمر وضع نظامه بل جعل تنظيمه لأحكام القوانين الخاصة التي تصدر فى هذا الشأن) .

(١) انظر اسماعيل غانم فقرة ١٥٦ ص ٣٦٢ هامش ٢ .

المقصـــود بالادارة هى الادارة المعتـــادة دون الادارة غير المعتـــادة • أما اللائحة التى توضع لادارة الأجزاء الشائعة للبناء متعدد الطبقات ، فانها تتناول الادارة المعتادة والادارة غير المعتادة على الســـواء • ولما كانت القرارات الفردية فى ادارة الأجزاء الشـــائعة ادارة غير معتادة يكفى فيها مجرد الأغلبية كما سنرى ، فقد وجد المشرع من الأحوط أن يشترط الاجماع فى اللائحة المستقرة الدائمة للادارة المعتادة والادارة غير المعتـــادة ، حتى لا يتيسر تعديل هذه اللائحـــة فى أى وقت تريده الأغلبية كما سبق القول •

واذا وضع الاتحاد لائحة تنظيمية لأعماله على الوجه الذى بيناه ، فان هذه اللائحة تسرى على جميع ملاك الطبقات والشقق وهم أعضاء الاتحاد ، وتسرى بطبيعة الحال على ورثتهم من بعدهم • فاذا مات أحد الملاك ، حلت ورثته محله وأصبحوا أعضـــاء فى الاتحاد مكانه ، وسرت عليهم اللائحة التنظيمية التى وافق عليها مورثهم ، كذلك تسرى اللائحة التنظيمية على الخلف الخاص للمالك ، فاذا باع المالك طبقته أو شـــقته حل المشترى محله فى عضوية الاتحاد وفى التقيد باللائحة التنظيمية• وقد كان هناك نص صريح فى هذا المعنى فى المشروع التمهيدى لنص المادة ٨٦٣ مدنى (١) ، ولكن لجنة المراجعة حذفته دون أن تبين سبب الحذف • والغالب أن يكون السبب هو عدم الحاجة الى النص ، ففى سبب الحذف ، والغالب أن يكون السبب هو عدم الحاجة الى النص ، ففى القانون المصرى تسرى عقود السلف فى حق الخلف الخاص متى كانت الحقوق والالتزامات الناشئة من العقد تعتبر من مستلزمات الشىء الذى انتقل الى الخلف الخاص (م ١٤٦ مدنى) ، على أن هناك نصا صريحا فيما يتعلق باللائحة التى توضع لادارة الشيوع العادى يمكـــن أن يقاس عليه هنا ، فقد نصت المادة ٢/٨٢٨ مدنى على أن النظـــام

---

(١) انظر آنفا نفس الفقرة ص ١٠٢٩ هامش ٢ .

الذى يوضع « يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا ، سواء أكان الخلف عاما أم كان خاصا » (١) .

٦٣١ — الادارة بأتخاذ قرارات فردية دون وضع نظام عام للادارة — نص قانونى :

تنص المادة ٨٦٤ مدنى على مايأتى :

« اذا لم يوجد نظام للادارة ، أو اذ خلا النظام من النص على بعض الأمور ، تكون ادارة الأجزاء المشتركة من حق الاتحاد ، وتكون قراراته فى ذلك ملزمة ، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه الى الاجتماع ، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء (٢) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨١٩ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٦٨ — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الملكية العقارية

---

(١) ولكن يجب على كل حال ، لسريان اللائحة فى حق الخلف الخاص، أن يكون هذا عالما بها وقت انتقال ملكية الطبقة او الشقة اليه من سلفه (م ١٤٦ مدنى) .

وانظر اسماعيل غانم فقرة ١٥٦ (ويقول فى خصوص تسجيل اللائحة « ولا يشترط تسجيل اللائحة اذا كانت قاصرة على مجرد تنظيم الانتفاع والادارة . وعلى العكس يكون التسجيل واجبا اذا كانت اللائحة تمس نطاق الملكية ذاتها ، بأن حددت الأجزاء المشتركة والأجزاء المفرزة تحديدا يختلف عن التحديد الذى اتبعه المشرع فى المادة ٨٥٦ » : أنظر فقرة ١٥٦ ص ٣٦٣) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع بعض خلافات لفظية ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٥ فى المشروع النهائى ، بعد ادخال بعض تعديلات لفظية ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٢ — ص ١٧٤) .

اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الأردنى لا مقابل (١) .

ويؤخذ من هذا النص أنه اذا لم يضع الاتحاد لائحة تنظيميه يسير عليها فى ادارته للأجزاء الشائعة . أو اذا خلت اللائحة التنظيمية الموضوعة من نص فى المسألة التى يبحث الاتحاد فيها . فان سبيل الاتحاد فى القيام بمهمته من الادارة هو اتخاذ قرارات فردية فى كل مسألة من المسائل التى تعرض له على حدة .

ويستوى فى ذلك أن تكون المسألة متعلقة بالادارة المعتادة ، أو متعلقة بالادارة غير المعتادة . ففى الحالتين يتخذ الاتحاد قرارات فرديه باغلبيه عادية . أى باغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصباء . وتكون هذه القرارات الفردية ملزمة لجميع الملاك ، من وافق منهم عليها ومن لم يوافق . وهذه هى المزية الكبرى من قيام الاتحاد ، فهو بأغلبية عادية يستطيع أن يدير الأجزاء الشائعة ادارة غير معتادة وهو مالا تستطيعه أغلبيه الملاك فى الشيوع العادى .
ويديرها ادارة غير معتادة وهو مالاتستطيعه أغلبية الملاك فى الشيوع العادى .

ويشترك لصحة هذه القرارات الفردية أمران :

١ — أن يدعى جميع ملاك الطبقات والشقق الى الاجتماع الذى يعقده الاتحاد ، وذلك عن طريق كتاب موصى عليه يرسل من مأمور الاتحاد عادة أو ممن يقوم مقامه ، فلا يكفى الكتاب العادى ، ومن باب أولى لا تكفى الدعوة الشفوية .

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدنى السورى م ٨١٩ (مطابق) .
التقنين المدنى الليبى م ٨٦٨ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى : لا مقابل .
قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل .
التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل .
التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل .

٢ — أن يصدر القرار بأغلبية جميع الملاك (بحسب قيمة الأنصباء) ، من حضر منهم ومن لم يحضر ، ولاتكفى أغلبية الحاضرين (١) •

٦٣٢ — التأمين على البناء واجراء أعمال تترتب عليها زيادة قيمته: نص قانونى :

تنص المادة ٨٦٥ مدنى على ما يأتى :

« للاتحاد ، بأغلبية الأصوات المنصوص عليها فى المادة السابقة ، أن يفرض أى تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقار أو الشركاء فى جملتهم ، وله أن يأذن فى اجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة فى قيمة العقار كله أو بعضه ، وذلك على نفقة من يطلب من الملاك، وبما يضعه الاتحاد من شروط ، وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء » (٢) •

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق •

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨٢٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٦٩ — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى ٨٦٧ — وفى التقنين

---

(١) وليس من الضرورى ان يكون هناك جدول اعمال للجلسة ، واذا وجد جدول اعمال فليس من الضرورى التقيد به . ومتى صدر قرار بالأغلبية المطلوبة ، فانه لا يجوز لأحد الأعضاء أن يطعن فى هذا القرار ، الا اذا كان القرار قد خرج عن حدود اختصاص الاتحاد ، أو شابه تعسف فى استعمال الحق (اسماعيل غانم فقرة ١٥٧ ص ٣٦٤) •

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع بعض خلافات لفظية . وقد وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٣٦ فى المشروع النهائى، بعد ادخال بعض تعديلات لفظية ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٤، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٤ — ص ١٧٦) •

المدنى الأردنى لا مقابل (١) •

وهنا ننتقل الى مثلين من أعمال الادارة ، أحدهما من أعمال الادارة العادية وهو التأمين على البناء ، والآخر من اعمال الادارة غير العادية وهو اجراء أعمال تترتب عليها زيادة قيمة البناء والعملان يدخلان فى اختصاص الاتحاد على السواء ، يقرر فى شأنهما ما يراه بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصباء ، العادى من العملين وغير العادى •

فيستطيع الاتحاد أن يقرر تأمين البناء — الأجزاء المفرزة والأجزاء الشائعة — من خطر الحريق ومن أى خطر آخر • كذلك يستطيع أن يؤمن من خطر الحوادث التى تنجم عن المصعد ، سواء كان تأمينا من المسئولية أو تأمينا من الأضرار • ويفرض فى سبيل ذلك أن يتحمل الأعضاء أقساط التأمين ، كل بنسبة قيمة ما يملك • والاتحاد

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدنى السورى م ٨٢٠ (مطابق) .
التقنين المدنى الليبى م ٨٦٩ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى لا مقابل .
قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل .
التقنين المدنى الكويتى م ٨٦٧ : تصدر قرارات الجمعية العمومية بأغلبية
التقنين المدنى الكويتى م ٨٦٧ : تصدر قرارات الجمعية العمومية
بأغلبية أصوات جميع الأعضاء فى شأن : (أ) فى اتخاذ قرار من القرارات التى تكفى للموافقة عليها أغلبية اصوات الحاضرين (ب) تعيين أو عزل مدير الاتحاد أو أعضاء مجلس الادارة (حـ) التصريح لأحد الملاك بأحداث تعديل فى الاجزاء المشتركة وفقا لنص المادة ٨٥٦ (د) تعديل نسب توزيع النفقات المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٨٥٨ اذا اصبح هذا التعديل ضروريا بسبب تغيير تخصيص بعض الطبقات أو الشقق (هـ) شروط تنفيذ الاعمال التى تفرضها القوانين أو اللوائح (و) الشروط التى يتم بها التصرف فى الأجزاء المشتركة اذا أصبح هذا التصرف واجبا تفرضه القوانين واللوائح (ز) تجديد البناء فى حالة الهلاك كليا أو جزئيا ، وتوزيع نفقاته على الملاك .
(والتقنين الكويتى لا تتعارض أحكامه مع التقنين المصرى بل جاء اكثر تحديدا لمهام الاتحاد) .
التقنين المدنى الاردنى : لا مقابل ، لأنه ترك أمر تحديد الاختصاصات
التقنين المدنى السورى م ٨٢٠ (مطابق) .
للقوانين الخاصة .

يعقد التأمين لمصلحة الأعضاء ، فكل عضو يكون مستفيدا من هـــذا التأمين بقدر حصته ، وهو الذى يستحق مبلغ التأمين اذا تحقق الخطر المؤمن منه •

ويستطيع الاتحاد كذلك أن يقرر القيام بأعمال أو تعديلات فى البناء كله أو بعضه ، فى الطبقات المفرزة أو فى الأجزاء الشائعة مما يترتب عليه زيادة فى قيمة البناء كله أو بعضه • ويقرر ذلك بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصباء ، كما سبق القول ، واذا كان النص لم يذكر ذلك صراحة ، بل اقتصر على القول بأن الاتحاد يأذن لأحـــد الأعضاء فى القيام بهذه الأعمال على نفقته ، فان هذا لا يعنى أن الاتحاد عاجز عن أن يقرر القيام بهذه الأعمال على نفقة جميع الأعضاء . مادامت أعمالا من شأنها أن تزيد فى قيمة البناء • فيستطيع مثلا أن يقـــرر بناء طبقة جديدة اذا كانت الطبقات القائمة غير كافية لاســـتغلال الأرض الواسعة التى أقيم عليها البناء ، ويقرر ، فى سبيل بناء طبقـــة جديدة ، أن يقترض وأن يرهن البناء ضمانا للقرض • وتعتبر الطبقة الجديدة ملكا شائعا لجميع ملاك الطبقات ، يديرها الاتحاد ويستغلها، ويسدد من غلتها القرض ، ثم يقســم الغلة على الأعضاء كل بنســبة حصته فى الطبقة الجديدة (١) ، وله كذلك أن يقرر ، فى مناسبة بناء طبقة جديدة ، أن يقيم مصعدا فى البناء ، على النحو الذى قدمناه فى انشاء الطبقة الجديدة •

فاذا لم تتوافر الأغلبية اللازمة للقيام بهذه الأعمال الجديدة التى تترتب عليها زيادة قيمة البناء ، وأراد أحد الملاك أن يقوم بها هو عـــلى

---

(١) وقد يقرر الاتحاد أن يبيع هذه الطبقة الجديدة مفرزة لمالك جـــديد ينخرط فى سلك ملاك طبقات البناء ، ويصبح عضوا فى الاتحاد ، بل قد يقرر الاتحاد منذ البداية أن يعهد الى شخص — اجنبى أو من بين الملاك أنفسهم — ببناء الطبقة الجديدة على أن يتملكها هذا الشخص مفرزة ويصبح عضوا فى الاتحاد ان لم يكن عضوا فيه من قبل ، وذلك بشروط يتفق عليها مع الاتحاد وتكون فى مصلحة الملاك جميعا •

نفقته ، جاز للاتحاد بنفس الأغلبية أن يأذن لهذا المالك فى القيام بالعمل على نفقته الخاصة ، ويضع الاتحاد لذلك الشروط اللازمة للتثبت من سلامة العمل ومن زيادته فى قيمة البناء . وقد يفرض تعويضات أو التزامات أخرى لمصلحة بقية الملاك فى ذمة المالك الذى ينفرد بالعمل ، اذا كان من شأن هذا العمل مثلا أن يحرمهم بعض الوقت من الانتفاع ببعض الأجزاء الشائعة فى البناء (١) .

٦٣٣ — منح قروض للأعضاء — نص قانونى :

تنص المادة ٨٦٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ — كل قرض يمنحه الاتحاد أحد الشركاء ، لتمكينه من القيام بالتزاماته ، يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة من العقار » .

« ٢ — وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده » (٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الاخرى . فى التقنين المدنى السورى المادة ٨٢٤ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٧٣ — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الأردنى لا مقابل (٣) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ١٥٨ ص ٣٦٥ وهامش ٢ .

(٢) **تاريخ النص :** ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، مع بعض خلافات لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤٠ فى المشروع النهائى ، بعد ادخال بعض تعديلات لفظية ، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٢ — ص ١٨٤) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٨٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٣ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل .

=

والمفروض هنا أن الاتحاد منح قرضا لأحد الشركاء لتمكينـــه من القيام بالتزاماته • والمفروض كذلك أن هذا القرض قد منحه الاتحـــاد من ماله الخاص لهذا الشريك ، فلابد اذن من افتراض أن للاتحاد مالا خاصا ، وقد رأينا أنه يجوز أن يكون له هذا المال ، اما من اشتراكـــات يجمعها من الأعضاء ، أو من صفقة رابحة يحصل عليها فى أثناء قيامـــه بمهمته ، أو من قروض يعقدها ، أو من كل هذا جميعا أو من غير هـــذا من الســـــبل •

والاتحاد يقرض العضو بقرار يصدر بالأغلبية العادية محسوبة على أساس قيمة الأنصباء ، مادام المال الذى يقرضه العضو هو مالـــه الخاص (١) ، وأهم سبب يدفع الاتحاد الى أقراض العضو هو تمكين هذا العضو من القيام بالتزاماته ، كأن يمكنه من المساهمة بحصته من التكاليف التى يلتزم بها الأعضاء ، أو كأن يمكنه من المساهمة بنصـــيبه فى أعمال يقوم بها الاتحاد وتترتب عليها زيادة قيمة البناء ، أو كأن يمكنه من المساهمة بنصيبه فى تكاليف تجديد البناء بعد هلاكه كله أو بعضه •

ففى جميع هذه الأحوال يكون الاتحاد قد أقرض العضو مـــالا لتمكينه من القيام بالتزاماته • وقد أراد القانون تشجيع الاتحاد على اقراض العضو مالا لهذا الغرض حتى يتيسر للعضو القيام بالتزاماته، فكفل للاتحاد أن يسترد هذا القرض من العضو بأن جعل القــــرض مضمونا بحق امتياز على الطبقة أو الشقة التى يملكها العضو المقترض وعلى ما يتبع هذه الطبقة أو الشقة من حصة شائعة للعضو فى الأجزاء المشتركة للبناء • ولما كان حق الامتياز هذا هو حق امتياز خاص عـــلى عقار ، فانه يجب قيده ، وتحسب مرتبته من يوم هذا القيد •

= قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل
التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل •
التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل •

(١) قارن اسماعيل غانم فقرة ١٦١ — منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٤ ص ٣٦٢ — ص ٣٦٣ •

أما اذا كان القرض ليس الغرض منه تمكين العضو من القيـــام بالتزاماته ، فان القانون لا يجعله مضمونا بحق امتياز ، وذلك حتى يتردد الاتحاد طويلا قبل أن يقدم على اقراض العضو مالا لسبب لا يمت الى قيام العضو بالتزاماته . وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى: « أما اذا أعطى القرض لغرض آخر ، فلا يكون ممتازا » (١) .

وقد استقى المشرع المصرى المادة ٨٦٩ مدنى سالفة الذكرة مـــن المادة ١١ من القانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٨ ، ونص المادة ١١ من القانون الفرنسى يقرر لصالح الاتحاد حق امتياز ضـــد العضو الذى لا يفى بنصيبه فى تكاليف الأجزاء المشتركة ، فاذا دفـــع الاتحاد لحساب أحد الملاك نصيبه فى هذه التكاليف ، فان حق الاتحاد فى الرجوع على هذا العضو يكون مضمونا بحق امتياز على طبقة هذا المالك أو شقته وعلى حصته فى الأجزاء المشتركة . ومن ذلك نرى أن نص المادة ٨٦٩ مدنى مصرى أوسع مدى من نص المـــادة ١١ من القـــانون الفرنسى (٢) .

٦٣٤ — تجديد البناء بعد هلاكه — نص قانونى :

تنص المادة ٨٦٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ — اذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر ، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الاتحاد بالأغلبية المنصوص عليها فى المادة ٨٦٤ ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك » .

« ٢ — فاذا قرر الاتحاد تجديد البناء ، خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد ، دون اخلال بحقوق أصحاب

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٤ .

(٢) وعلى ذلك ينتقد بعض الفقهاء فى مصر نص المادة ٨٦٩ مدنى مصرى فيما تضمنته من توسع (السيد على المغازى فقرة ٣٤ ص ٦٧ وفقرة ٦٨ ص ١١٩ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٨٢ — اسماعيل غانم فقرة ١٦١ ص ٣٦٩ هامش ٢) .

الديون المقيدة » (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٨٢٣ — وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٨٧٢ — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى المادة ٨٦٧ (ز) والمادة ٨٦٨ — وفى التقنين المدنى الأردنى لا مقابل (٢) .

ويؤخذ من هذا النص أنه فى حالة هلاك البناء هلاكا كليا أو جزئيا، يكون للاتحاد رأى ملزم فيما يتعلق بإعادة بنائه . والبناء يهلك غالبا بسبب الحريق ، وقد يهلك بسبب آخر كغارة جوية أو زلزال أو اختلال فى أساسه أو قصفه بالمدافع فى أثناء الحرب أو نزع ملكيته للمنفعة العامة ، أو بغير ذلك من الأسباب .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض خلافات لفظية . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٩ فى المشروع النهائى ، بعد ادخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٠ — ص ١٨٢) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٨٢٣ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٧٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٦٧ (ز) : تصدر قرارات الجمعية العمومية بأغلبية أصوات جميع الأعضاء فى شأن : ..... (ز) تجديد البناء فى حالة الهلاك كليا او جزئيا ، ويوزع نفقاته على الملاك .

م ٨٦٨ : عند هلاك البناء كليا او جزئيا يخصص ما قد يستحق بسببه لأعمال التجديد ما لم يجمع الملاك على غير ذلك .

(واحكام التقنين الكويتى لاتخالف احكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل .

فاذا هلك البناء ، قرر الاتحاد بأغلبية الأعضاء محسوبة على أساس قيمة الأنصباء أى بالأغلبية العادية ، ما اذا كان يجدد أو لا يجدد وذلك مالم يوجد اتفاق سابق بين الأعضاء على التجديد أو عدم التجديد أوكانت هناك لائحة تنظيمية تقرر ما يتبع فى هذه الحالة .

فاذا قرر الاتحاد عدم التجديد ، أخذ كل مالك حقه فيما عسى أن يكون قد ترتب على الهلاك من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو مساعدة تقدمها الدولة فى حالة الكوارث العامة ، وانحل الاتحاد تبعا لذلك اذ لم يعد هناك مسوغ لبقائه .

واذا قرر الاتحاد تجديد البناء ، التزم الأعضاء بالتجديد ، وقام الاتحاد بأعمال التجديد نيابة عن الأعضاء ، وخصص لذلك ما قد ترتب على الهلاك من تعويض أو مبلغ تأمين أو مقابل لنزع الملكية أو مساعدة تقدمها الدولة ، على أن يكمل الأعضاء من أموالهم الخاصة ما عسى أن ينقص ، كل بنسبة حصته . واذا كانت هناك حقوق مقيدة على بعض الطبقات أو الشقق نتيجة لهلاك البناء ، وعلى هؤلاء اكمال نصيبهم فى أو حق امتياز ، استوفى الدائنون أولا حقوقهم مما آل لأصحاب هذه الطبقات أو الشقق نتيجة لهلاك البناء ، وعلى هؤلاء اكمال نصيبهم فى تكاليف تجديد البناء من أموالهم الخاصة . واذا عجز أحد الملاك عن دفع نصيبه فى تكاليف تجديد البناء ، لأن ما أصابه من المال الذى تبقى لا يفى بهذا النصيب أو لأنه قد استغرق فى وفاء الديون أو لأى سبب آخر ولم يكن عنده مال خاص لمواجهة التزاماته ، نظر الاتحاد فى الأمر ، فمن الجائز أن يقرضه ما يستعين به على الوفاء بالالتزام ويكون للاتحاد حق امتياز يكفل ما أقرضه اياه على النحو الذى قدمناه (١) ، ومن الجائز أن يقنعه ببيع حقه فى البناء لشخص آخر من بين الملاك أنفسهم أو من غيرهم ويحل هذا الشخص الآخر محله فى البناء الجديد .

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٦٢٣ .

فاذا لم يوجد حل لهذا الأمر ، تخلف من عجز عن مواجهة تكاليف تجديد البناء بعد أخذ ما عسى أن يكون قد تبقى له من حق اذا رأى الاتحـــاد اعفاءه من الالتزام بالمساهمة فى تجديد البناء ، وجدد البناء لحســـاب من بقى من الملاك دونه (١) •

والبناء المجدد يكون ملكا لاصحابه على النحو الذى كان عليـــه البناء القديم ، يملك كل منهم طبقته أو شقته مع حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة • وما لم يتفق الملاك على شىء آخر ، يبقى الاتحـــاد قائما لادارة البناء الجديد ، طبقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن •

هذا وقد يحتاج البناء الى تجديد لا لأنه قد هلك ، بل لأنه قـــد قد بلى وأصبح فى حاجة الى ان يجدد ، وفى هذه الحالة يكون قـــرار الاتحاد بتجديد البناء من أعمال الادارة غير المعتادة ، ويصدر القـــرار بالأغلبية العادية ، وينفذ على الوجه الذى بسطناه فى حالة هلاك البناء•

٢ — مأمور اتحاد الملاك

٦٣٥ — نصوص قانونية :

تنص المادة ٨٦٦ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته ، ويعين بالأغلبية المشار اليها فى المادة ٨٦٤ ، فان لم تتحقق الأغلبية عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناء على طلب أحـــد الشركاء بعد اعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم • وعلى المأمور اذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بمـــا يلزم لحفظ جميع الأجـــزاء

---

(١) انظر محمد على عرفة فقرة ٣٦٩ : ويذهب الى جواز اجبار الشريك المختلف قضاء على المساهمة فى تجديد البناء او بيع طبقته عليه ، كما هـــو الأمر فى شأن صاحب السفل طبقا لما هو مقرر فى المادة ٨٦٠ مدنى .

وانظر فى التعقيب على هذا الراى اسماعل غانم فقرة ١٥٩ ص ٣٦٧ .

المشتركة وحراستها وصيانتها ، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات . كل هذا مالم يوجد فى نظام الاتحاد ما يخالفه » .

« ٢ — ويمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء ، حتى فى مخاصمة الملاك اذا اقتضى الأمر » .

وتنص المادة ٨٦٧ مدنى على ما يأتى :

« ١ — أجر المأمور يحدده القرار أو الأمر الصادر بتعيينه » .

« ٢ — ويجوز عزله بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار اليها فى المادة ٨٦٤ ، أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بعد اعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٨٢١ و ٨٢٢ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٨٧٠ و٨٧١ — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الملكية العقارية

---

(١) **تاريخ النصوص :**

م ٨٦٦ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض خلافات لفظية ، ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٧ فى المشروع التمهيدى ، بعد ادخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٦ — ص ١٧٨ .

م ٨٦٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض خلافات لفظية ، ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٣٨ فى المشروع التمهيدى ، بعد ادخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٦ ، بعد ادخال بعض تعديلات لفظية اخرى . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٦٧ ، بعد الاستعاضة عن عبارة « بأمر من القاضى » فى الفقرة الثانية بعبارة « بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٨ — ص ١٨٠) .

اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى المواد ٨٧١ و ٨٧٢ و ٨٧٣ — وفى التقنين المدنى الأردنى لا مقابل (١) •

٦٣٦ — تعيين مأمور لاتحاد الملاك :

ولما كان اتحاد الملاك مكونا من ملاك متعددين ، لذلك كان الاتحاد فى حاجة الى شخص واحد لتنفيذ قراراته ، وهذا الشخص يسمى مأمور اتحاد الملاك • وهو فى الغالب شخص من بين الملاك أعضاء الاتحاد ، ولكن القانون لم يحتم ذلك فيصح أن يكون أجنبيا ، ويعينه الاتحاد بالأغلبية العادية ، أى بأغلبية الأعضاء محسوبة على أساس قيمة الانصباء ، فاذا لم يظفر أحد بهذه الأغلبية ، جاز لأى عضو فى الاتحاد أن يقدم عريضة الى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها البناء ، يطلب فيها تعيين مأمور للاتحاد ، ويعلن الملاك الآخرين للحضور أمام

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**
التقنين المدنى السورى م ٨٢١ — ٨٢٢ (مطابق) .
التقنين المدنى الليبى م ٨٧٠ — ٨٧١ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى لا مقابل .
قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى م ٨٧١ : ١ — تعين الجمعية العمومية مديرا للاتحاد ، من بين الملاك أو من غيرهم ، لمدة لاتزيد على سنتين قابلة للتجديد . ٢ — واذا لم تعين الجمعية العمومية مديرا للاتحاد ، كان لكل مالك ان يطلب من محكمة الأمور المستعجلة تعيين مدير مؤقت .

م ٨٧٢ : يمثل المدير الاتحاد أمام المحاكم والجهات الادارية وفى التعامل مع الغير .

م ٨٧٣ : يتولى المدير تنفيذ نظام الملكية وقرارات الجمعية العمومية وحفظ الأجزاء المشتركة ، وذلك بالأضافة الى ما يتقرر له من اختصاصات اخرى وفقا للقانون .

(يختلف التقنين الكويتى عن التقنين المصرى فيما يلى : ١ — فى حالة عدم تحقق الأغلبية اللازمة لتعيين مدير الاتحاد تولت محكمة الأمور المستعجلة تعيين مدير مؤقت . ٢ — تعيين مدير الاتحاد بمعرفة الجمعية العمومية يكون لمدة لا تزيد على سنتين قابلة للتجديد . ٣ — لم يعالج تحديد أجر لمدير الاتحاد وكيفية عزله) .

التقنين المدنى الأردنى : لا مقابل ، لان الاتحاد واختصاصاته تركت ليحددها قانون خاص .

رئيس المحكمة المشار اليه ليأخذ رأيهم فردا فردا فيمن يرون اختياره• ويصدر رئيس المحكمة أمرا على العريضة المشار اليها بتعيين الشخص الذى يكون مأمورا للاتحاد ، ويغلب أن يكون هذا الشخص هو كما قدمنا من بين الملاك أنفسهم •

٦٣٧ — اختصاصات مأمور الاتحاد :

ومأمور الاتحاد ، كما هو واضح من نص المادة ٨٦٦ مدنى سالفة الذكر ، هو الأداة التنفيذية للجمعية العامة للاتحاد ، وبهذه الصفة يتولى الاختصاصات الآتية :

١ — يقوم بتنفيذ قرارات الاتحاد ، ويكون مسئولا عن هذا التنفيذ أمام الجمعية العامة للاتحاد •

٢ — يطالب كل مالك بتنفيذ التزاماته ، سواء كانت هذه الالتزامات مصدرها القانون ، أو مصدرها اللائحة التنظيمية للاتحاد ، أو مصدرها قرارات فردية اتخذها الاتحاد فى جمعيته العامة ، ويؤدى حسابا عن ذلك للاتحاد •

٣ — يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها • والأصل أن أعمال الحفظ والصيانة والحراسة للأجزاء المشتركة للبناء ، وادارة هذه الأجزاء المشتركة بوجه عام ، هى من صميم عمل الاتحاد يتولاها بقرارات يتخذها ، ويقوم المأمور بتنفيذ هذه القرارات كما سبق القول • ولكن هناك من هذه الأعمال ما يكون عاجلا لابد من القيام به فورا ، فيجب على المأمور القيام به دون انتظار قرار من الاتحاد ، ويعرض الأمر بعد ذلك على أقرب جلسة للجمعية العامة • وهناك أيضا من هذه الأعمال ما هو محدود الأهمية لا يستدعى عقد جلسة لاتخاذ قرارات فى شأنه ، فيقوم المأمور بهذه الأعمال على مسئوليته ، ويعرض الأمر بعد ذلك على الجمعية العامة للاتحاد فى أقرب جلسة يعقدها •

٤ — يمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء ، فيرفع الدعاوى باسم

الاتحاد ، وترفع عليه باسم الاتحاد الدعوى ، وهو فى كل ذلك يمثل الاتحاد بحكم القانون ، فهو ليس اذن فى حاجة الى توكيل خاص ، وليس ضروريا أن يذكر أسماء الملاك فى صحيفة الدعوى • ولما كان الاتحاد شخصا معنويا مستقلا عن أشخاص أعضائه كما سبق القول ، فقد يقاضى الاتحاد أحد الأعضاء مطالبا اياه بتفرذ التزاماته ، أو يقاضى أحد الأعضاء الاتحاد طاعنا فى قراراته ، وفى جميع هذه الأحوال يمثل المأمور الاتحاد فى مقاضاته للأعضاء وفى مقاضاة الأعضاء له •

٦٣٨ — أجر المأمور وطريقة عزله :

وقد تكفلت المادة ٨٦٧ مدنى سالفة الذكر ببيان أمرين :

(الأمر الأول) تحديد أجر للمأمور • ويقوم بتحديد هذا الأجر اتحاد الملاك نفسه اذا كان هو الذى اختار المأمور ، أو يقوم بتحديده رئيس المحكمة الابتدائية اذا كان هو الذى تولى تعيينه • وتمكن اعادة النظر فى الأجر من الجهة التى حددته ، بالنقص أو بالزيادة ، بحسب الأحوال ، ويدخل الأجر ضمن التكاليف التى تنفق على الأجزاء المشتركة للبناء ، فتضاف اليها ، وتقسم بين الأعضاء كل بنسبة حصته كما سبق القول (١) ، ويصح أن يتبرع المأمور بعمله فلا يطلب أجرا عليه ، وبخاصة اذا كان واحدا من الملاك • وله الرجوع فى تبرعه وطلب تحديد أجر له ، اذا رأى أن الأعمال الموكولة اليه تستغرق من وقته ومن جهده ما يستحق عليه أجرا •

(الأمر الثانى) عزل المأمور ، وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٦٧ مدنى ، كما رأينا (٢) ، انه يجوز عزل المأمور « بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار اليها فى المادة ٨٦٤ ، أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بعد اعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل » • والعزل يكون اما لاخلال المأمور بالتزاماته اخلالا

(١) انظر آنفا فقرة ٦٢٦ •
(٢) انظر آنفا فقرة ٦٣٥ •

واضحا ، أو لعدم صلاحيته لما وكل اليه من العمل ، أو لصيرورته عاجزا عن القيام بها ، أو لغير ذلك من الأسباب الجدية • وكما يجوز عـــزل المأمور ، يجوز كذلك أن يتنحى هو نفسه عن القيام بالوكالة المعهودة اليه ، شأنه فى ذلك شأن أى وكيل •

وليس من الضرورى أن تكون الجهة التى قامت بتعيينه هى التى تقوم بعزله ، فقد يختاره الاتحاد ويعزله رئيس المحكمة ، أو بالعكس يعينه رئيس المحكمة ويعزله الاتحاد بالأغلبية المعتادة • وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويجوز عزل السنديك (المأمور) بالأغلبية أو بأمر القاضى ، أيا كانت طريقة تعيينه (١) •

واذا عزل المأمور أو تنحى ، يختار أو يعين مأمور غيره ، بالطريقة التى سبق بيانها •

الفـــرع الثالث

ملكية الأسرة

٦٣٩ — الغرض من نظام ملكية الأسرة :

استقى المشروع المصرى نظام ملكية الأسرة من التقنين المدنى السويسرى ومن المشروع الايطالى الذى أصبح بعد ذلك التقنين المدنى الايطالى ، ولكنه تأثر قبل كل شىء بالبيئة المصرية ذاتها • ذلك أن ملكية الأسرة فى مصر قائمة فعلا ، قبل أن توجد قانونا • وكثير من الأسر ، وبخاصة فى الريف ، تستبقى أموالها ، لا سيما اذا أتى عن طريق الميراث، شائعا بين أفراد الأسرة ، يديره عميد الأسرة ويقدم حسابا عن ادارته لشركائه فى الشيوع ، والعرف هو وحده الذى كان يتحكم فى النظـــام الذى تخضع له ملكية الأسرة على هذا الوجه ، وقل أن يلجأ أحد من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨٣ •

أفراد الأسرة الى طلب القسمة والاستغلال بنصيبه فى المال مفرزا ، ولم تكن هذه التقاليد المستقرة فى الريف تخلو من العيوب ، بل لم تكن تخلو فى بعض الأحيان من تحكم عميد الأسرة يدير أموالها على الوجه الذى يريده ، ويقدم حسابا أو لا يقدم • فأراد المشرع تنظيم هذا الضرب من الشيوع الاجبارى القائم على الاتفاق الضمنى ، فهذب من القواعد التى تسرى عليه وبسط رقابة كافية على ادارة الأموال ، وأفسح مجال الخروج منه لمن أراد من الشركاء (١) •

واذا كانت ملكية الأسرة ضربا من الشيوع الاجبارى ، فهى كما سنرى شيوع يفرضه الاتفاق لا القانون ، وهى كذلك شيوع مؤقت لا شيوع دائم •

ونبحث فى ملكية الأسرة أركانها ، ثم أحكامها •

المبحث الأول

أركان ملكية الأسرة

٦٤٠ — نصوص قانونية :

تنص المادة ٨٥١ مدنى على ما يأتى :

« لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على انشاء ملكية للأسرة ، وتتكون هذه الملكية اما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وأما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على ادخاله فى هذه الملكية » •

---

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تعرض المواد ... لملكية الأسرة ، هى ملكية استحدثها المشروع عن التقنين السويسرى والمشروع الايطالى • على ان ملكية الأسرة فى مصر قائمة بالفعل ، فان كثيرا من الأسرات يبقى فى الشيوع بعد موت المورث ، ولاينقص هذه الملكية الا التنظيم ، وهذا ما فعله المشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢) •

وتنص المادة ٨٥٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ — يجوز الاتفاق على انشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الاذن فى اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه اذا وجد مبرر قوى لذلك » .

« ٢ — واذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين ، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن الى الشركاء رغبته فى اخراج نصيبه » (١) .

وليس لهذه النصوص مقابل فى التقنين المدنى السابق ، الذى لم يكن يعرف ملكية الأسرة .

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٥١ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٠ ، وفى لجنة مجلس الشيوخ رأى رئيس اللجنة اطلاق الأحكام الخاصة بانشاء ملكية الأسرة وعدم تقييد انشائها بوحدة للعمل او المصلحة بين أعضاء الأسرة الواحدة ، وكذلك رأى عدم تحديد اعضاء الأسرة بدرجة معينة لأنه من الجائز ان الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة من اعضاء الأسرة الواحدة ليسوا من الأقربين . فأجيب بأن « المفروض الا تنشأ الملكية المشتركة الا بعد أن تجمع افراد الأسرة الواحدة وحدة العمل او المصلحة ، وهذه الوحدة هى التى تحدد اعضاء الأسرة الواحدة ، وغالبا ما يكون هؤلاء من الورثة » ، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٨٥١ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٣ — ص ١٤٤) .

م ٨٥٢ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا عبارة وردت فى المشروع التمهيدى فى آخر الفقرة الثانية وهى ما يأتى : « مالم يقض العرف فى الملكية الزراعية بغير ذلك » ، ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢١ ، ثم وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٢ ، وذلك بعد حذف العبارة التى كانت واردة فى آخر الفقرة الثانية « لأن نظام ملكية الأسرة نظام جديد ولا عرف فيه » . ووافق عليه مجلس الشيوخ بالتعديل الذى قررته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٥ — ص ١٤٦) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادتين ٨٠٦ و ٨٠٧ — وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٨٥٥ و ٨٥٦ — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الأردنى المادتين ١٠٦١ و ١٠٦٢ (١) ٠

٦٤١ — أركان أربعة :

ويستخلص من النصوص سالفة الذكر أن لملكية الأسرة أركانا أربعة هى : ١ — اتفاق مكتوب ٠ ٢ — ما بين أعضاء أسرة واحدة ٠ ٣ — على أموال مملوكة لهم فتكون ملكا للأسرة ٠ ٤ — ولمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ٠

٦٤٢ — الركن الأول — اتفاق مكتوب :

يجب أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة فيما بينهم على انشاء ملكية الأسرة اتفاقا مكتوبا ، كما تصرح بذلك المادة ٨٥١ مدنى فيما قدمنا (٢) ، والكتابة هنا للانعقاد لا للاثبات ، فالاتفاق غير المكتوب يكون باطلا ، ولو أقر به المتعاقدين أو وجهت فيه اليمين ٠ وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « ويجب أن يكون الاتفاق كتابيا ، والكتابة هنا شرط للانعقاد لا لمجرد الاثبات » (٣) ، والسبب فى ذلك أن ملكية الأسرة تدوم عادة مدة طويلة ، قد تصل الى خمسة عشرة عاما ، فوجب أن يكون الاتفاق عليها مكتوبا حتى يرجع

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :
التقنين المدنى السورى م ٨٠٦ — ٨٠٧ (مطابق) ٠
التقنين المدنى الليبى م ٨٥٥ — ٧٥٦ (مطابق) ٠
التقنين المدنى العراقى : لا مقابل ٠
قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل ٠
التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل ٠
التقنين المدنى الأردنى م ١٠٦١ — ١٠٦٢ (مطابق) ٠

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٤٠ ٠

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ ٠

اليه عند الحاجة طوال هذه المدة ، ولكن من جهة أخرى لا يشترط أن تكون الكتابة رسمية ، فالكتابة العرفية تكفى •

والاتفاق هو تراض على انشاء ملكية الأسرة ، ويشترط فيه بهذا الوصف توافر الأهلية فى أعضاء الأسرة المتعاقدين ، والأهلية هنا أعلى من أهلية الادارة ، فالذى يضع ماله فى ملكية الأسرة فلا يقوم بمجرد ادارته ادارة معتادة ، اذ هو يقيد من حريته فى التصرف فيه كما سنرى، وفى الوقت ذاته يعطى لمن يدير هذه الملكية سلطات واسعة تجاوز فى كثير من الأحيان حدود الادارة المعتادة (١) • ومن ثم يجب توافر أهلية التصرف ، ولابد فيمن يدخل عضوا فى ملكية الأسرة أن يكون كامل الأهلية أى بالغا سن الرشد غير محجور عليه • فاذا كان غير متوافر الأهلية ، وجبت مراعاة الأحكام التى قررها قانون الولاية على المال فى شـأن التصرف فى أموال القاصر • وعلى ذلك اذا كان بين أعضاء الأسرة مـن هو قاصر أو محجور عليه ، وجب على الوصى أو القيم الحصول عـلى اذن المحكمة لادخال ماله ضمن ملكية الأسرة •

٦٤٣ ــ الركن الثانى ــ أعضاء أسرة واحدة :

والأصل أن يكون الشركاء فى ملكية الأسرة هم ورثة المتوفى ، اذ يكون مورثهم قد ترك لهم مستغلا زراعيا أو صناعيا أو تجاريا ، ويكون من المصلحة المحافظة على وحدة هذا المستغل بابقائه فى الشيوع وترك أحد الورثة يديره مع اعطائه سلطات واسعة فى الادارة •والورثة يكونون من ذوى القربى ، فيما عدا الزوج والزوجة ، فليس من الضرورى أن تقوم بينهما قرابة • فالقول بأن أعضاء الأسرة يجب أن يكونوا من ذوى القربى فيه شىء من التضييق ، وينبغى أن تتسع عضوية الأسرة لتشمل الزوج والزوجة • فليس من المتصـور أن تقوم ملكيـة الأسرة ما بين

---

(١) هذا الى انه لو ادخل عضو الأسرة مالا مفرزا مملوكا له فى ملكية الأسرة فأصبح شائعا بين اعضائها ، كان فى هذا ضرب من التصرف فى المال المفرز يجعله شائعا (انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٦ ــ وانظر فى انه تكفى اهلية الادارة محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٦ ص ٢٧٨ ــ محمد على عرفة ٣٤٩ ص ٤٦٧) •

أولاد الأعمام ، ولا تقــوم ما بين الزوج والزوجة (١) • اذن ينبغى تجنب القول بأنه لتحديد من هم أعضاء الأسرة يجب الرجوع الى المادة ٣٤ مدنى وهى تنص على أن « ١ — تتكــون أسرة الشــخص من ذوى قرباه • ٢ — ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » • والأولى أن تؤخذ « الأسرة » بالمعنى المألوف فى كلام الناس ، فتدخل فى أعضاء الأسرة الزوجة والزوج (٢) • بل لا مانع من دخول الأصهار اذا كان هناك مقتض لذلك (٣) • والضــــابط للأسرة هنــا ليست هى القرابة ، بل هى « وحدة العمل والمصلحة » ، اذ تقول المادة ٨٥١ مدنى فى صدرها ، كما رأينا (٤) ، « لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصــلحة » • وفى هذا تقول المذكــرة الايضــاحية : « فيجب أن يكون الشركاء اذن أعضاء أسرة واحدة ، ولا يشــترط أن يكونوا اخوة ، وانما يشترط أن تجمعهم وحدة مشــتركة فى العمل أو المصلحة ، كما اذا اتفق أعضــاء الأسرة على اســتغلال مال الأسرة اســتغلالا معينا يقتضى وحدة الادارة ، وكما اذا كان مال الأسرة تركة يحسن بقــاؤها كتلة متماســكة حتى يمكن اســتغلالها على خير الوجوه » (٥) •

---

(١) انظر فى معنى ان اعضاء الاسرة الواحدة يجب ان يكونوا من ذوى القربى ، فلا تنعقد ملكية الأسرة بين احد الزوجين واقارب الزوج الآخر : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٥٦ ص ٢٧٨ — محمــد على عرفة فقــرة ٣٤٩ ص ٤٦٦ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٢ ص ٢٠٦ — حسن كيرة فقــرة ١٦٧ ص ٥٧٦ •

(٢) انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٣ — ص ٣٢٤ — منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٣ •

(٣) انظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧٤ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٧٧ — وسنرى ان الأجنبى قد يدخل فى ملكية الأسرة ، ولكن لا يكون ذلك ابتداء ، بل نتيجة لبيع احد اعضاء الاسرة نصــيبه لهذا الأجنبى او تملك الأجنبى النصيب جبرا على عضو الأسرة ، ثم رضاء الأجنبى وباقى الشركاء دخول الأجنبى شريكا معهم (م ٢/٨٥٣ مدنى) — وانظــر ما يلى فقرة ٦٤٧ •

(٤) انظر آنفا فقرة ٦٤٠ •

(٥) مجموعة الأعمال التحضــيرية ٦ ص ١٥٢ — ويذهب الأســتاذ اسماعيل غانم الى « ان المشرع ، اذ نص فى المادة ٨٥١ على وحدة العمل =

ويستخلص من ذلك أنه يجب فهم «الأسرة» فهما مرنا ، يتكيف بحسب الظروف . فجميع الورثة ، ولو كان من بينهم الزوج أو الزوجة ، يعتبرون أعضاء أسرة واحدة . كذلك لو كان للزوج أو الزوجة أخ مثلا يشترك معه فى مال شائع ، وأراد الأخ ادخال هذا المال الشائع فى ملكية الأسرة ، فيجب النظر فيما اذا كانت وحدة العمل أو المصلحة تبرر دخول هذا المال فى ملكية الأسرة .

ولكن يجب على كل حال التقيد بمعنى الأسرة ، ولو على النحو الواسع الذى قدمناه . فلا يكفى أن تقوم بين الشركاء فى ملكية الأسرة صداقة وثيقة اذا لم يكونوا من أسرة واحدة ، ولو دعمت هذه الصداقة بدعائم قوية من وحدة العمل أو المصلحة .

٦٤٤ — الركن الثالث — أموال مملوكة لأعضاء الأسرة :

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٨٥١ مدنى : « وتتكون هذه الملكية (ملكية الأسرة) ، اما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، واما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على ادخاله فى هذه الملكية » .. وتتكون ملكية الأسرة عادة ، كما قدمنا ، من تركة يستبقيها الورثة على الشيوع لتدار ادارة مشتركة تتسع فيها سلطات المدير ، سعيا وراء حسن الاستغلال واحتفاظا بوحدة التركة . فهى ، أكثر ما تكون ، مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى كما سبق القول (١) . ولا يوجد ما يمنع من أن يضاف الى التركة مال آخر شائع

= أو المصلحة ، لم يكن يبين شرطا يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق على ملكية الأسرة ، بل كان يريد الاشارة فى النص الى العلة التى من اجلها يقدم أعضاء الأسرة على ابرام هذا الاتفاق » (اسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٤ — ص ٣٢٥) . وانظر فى هذا المعنى ايضا منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٣ .

(١) والمشرع يحرص عادة على استبقاء وحدة هذه المستغلات ، حتى أنه نص فى المادة ٩٠٦ مدنى على أنه « اذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة اذا كان اقدرهم على الاضطلاع =

أو مال مفرز ، لادخاله فى ملكية الأسرة • بل لا يوجــد ما يمنع من أن يتفق أعضــاء الأسرة الواحــدة ابتداء على تقديم كل منهم لمال مفرز يملكه ، لتتكون من هذه الأموال المفرزة ملكية الأسرة الشــائعة ، كمــا يفعل الشركاء عندما يؤسسون شركة ، غير أن الشركة تعتبر شـــخصا معنويا هو المالك لهذه الأموال ، أما ملكية الأسرة فتبقى مالا مملوكا على الشيوع لأعضاء الأسرة لا مالا مملوكا لشــخص معنوى • ويجوز أن تتجمع كل هذه العمليات ، فيبدأ أعضاء الأسرة بتركة شائعة فيما بينهم ، ثم يضيفون اليها ، بعد أن تتكون ملكية الأسرة وتبدو بشائر نجاحها ، أموالا أخرى شائعة أو مفرزة مملوكة لأعضاء الأسرة ، اما مرة واحدة ، أو مرة بعد أخرى (١) •

والمهم أن يكون المال الذى يقدمه عضو الأسرة مملوكا له ملكيــة حالة ، فلا يجوز أن تتكون ملكية الأسرة من أموال مستقبله ، كأن يكون تركة مستقبلة ، على أن كل تعامل فى تركة مســتقبلة ولو بطريق تكوين ملكية الأسرة باطل (٢) •

ويصح أن يكون المال عقارا أو منقولا ، وان كان الغالب أن يكون عقارا أو منقولا معنويا كالمتجر والمصنع • واذا كان عقارا وجب تسجيله طبقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى ، حتى لو كان هذا العقار مملوكا على الشيوع بين أعضــاء الأسرة قبل الاتفــاق على انشــاء ملكيــة

= به .. » . وقد ترى الورثة استبقاء المستغل شائعا بينهم مع ادخاله فى ملكية الأسرة ، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم .

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصــدد : « وتتكون ملكية الأسرة عادة من تركة يبقيها الورثة ، كلها أو بعضها ، فى الشيوع سعيا وراء حسن الاستغلال . ويجوز أيضا أن يتفق أعضاء الأسرة على تكوين ملكيتها من مال يقدمه كل منهم ولا يكون من تركة مشتركة ، وهذا أقرب الى الشركة ، ويكون المقصود من ذلك استغلال هذا المال اســتغلالا معينا يقتضى وحدة الادارة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ — ص ١٥٣) .

(٢) محمد على عرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٦ .

الأسرة (١) .

٦٤٥ — **الركن الرابع — مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة :**

وملكية الأسرة لابد أن تكون موقتة ، ولا يجوز أن تزيد المدة فيها على خمس عشرة سنة . ويجب التمييز هنا بين فرضين : فاما أن تكون مدة قد حددت فى الاتفاق ، أو لم تحدد مدة ما .

فاذا حددت مدة فى الاتفاق ، وجب ألا تزيد هذه المدة على خمس عشرة سنة كما قدمنا . ويصح أن تكون المدة أقل من خمس عشرة سنة ، عشرة سنين أو أقل أو أكثر ، والمهم ألا تزيد على خمس عشرة سنة (٢) . فاذا حددت مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة ، تقيد بها الشركاء فى ملكية الأسرة ، وأصبح لزاما أن يستبقوا أموالهم داخلة فى هذه الملكية طوال المدة المحددة . ومن هنا نرى أن ملكية الاسرة أطول بقاء وأكثر استقرارا من الشيوع العادى ، وهذه هى ميزتها . ففى الشيوع العادى لا يمكن الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات ، وهنا قد تطول المدة الى خمس عشرة سنة . ويجوز ، بعد انقضاء المدة المحددة ابتداء ، أن تجدد المدة مرة ثانية فثالثة وهكذا . ولكن التجديد لا يكون الا بعد انقضاء المدة السارية ، والا حسبت المدة الجديدة من وقت التجديد لا من وقت انقضاء المدة السارية ، وذلك على النحو الذى قدمناه فى الشيوع العادى (٣) . فاذا لم تجدد المدة بعد انقضائها ، ولم يطلب أحد القسمة ، بقى أعضاء

---

(١) محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا سنة ١٩٥١ ص ٢٣٤ — محمد على عرفة فقرة ٣٤٩ ص ٤٦٧ — اسماعيل غانم فقرة ١٤٠ ص ٣٢٥ — منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤ ص ٢٣٤ .

(٢) « واذا اتفق أعضاء الأسرة على مدة تزيد على خمس عشرة سنة، انقضت الى هذا الحد » (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٣٧ — وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : « ولكن لا يوجد ما يمنع من تجديد المدة بعد انقضائها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

الأسرة فى الشيوع . ولكن الشيوع هنا يكون شيوعا عاديا لا شيوع ملكية الأسرة (١) . ولكن ما دام شيوع ملكية الأسرة قائما ، لا يجوز فى الأصل لأحد من الشركاء أن يخرج نصيبه من هذه الملكية . ومع ذلك يجوز ، على سبيل الاستثناء ، للشريك « أن يطلب من المحكمة الاذن فى اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، اذا وجد مبرر قوى لذلك » (م ١/٨٥٢ مدنى) (٢) . فقد يجد أحد الشركاء نفسه ، قبل انقضاء المدة المحددة ، فى حاجة ملحة للمال الذى وضعه فى ملكية الأسرة ، أو يكون قد انتقل من الجهة التى كان يقيم فيها بجوار ملكية الأسرة فلا يعود مستطيعا أن يتابع سير العمل والادارة فى هذه الملكية ، أو تكون العلاقة بينه وبين أعضاء الأسرة الآخرين قد ساءت الى حد لا يرجى معه العودة الى التفاهم (٣) .

واذا لم تحدد لملكية الأسرة مدة فى الاتفاق ، « كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن الى الشركاء رغبته فى اخراج نصيبه » (م ٢/٨٥٢ مدنى) (٤) . فالاتفاق غير محدد المدة على ملكية الأسرة يكون اذن عرضة لأن يخرج أى شريك منه بعد ستة أشهر من اعلان يوجهه الى سائر الشركاء . ولا يشترط شكل خاص فى الاعلان ، فقد يكون انذارا على يد محضر ، وقد يكون كتابا مسجلا أو غير مسجل ، وقد يكون شفويا ولكن يقع عبء اثباته على الشريك الخارج (٥) . وفى ملكية الأسرة الزراعية ، تراعى المواعيد التى يحددها

---

(١) اسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٧ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٤٠ .

(٣) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على انه يجوز لكل شريك ان يطلب من المحكمة الاذن له فى اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انتهاء الأجل المتفق عليه اذا كان هناك مبرر قوى لذلك ، كما اذا اقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله الى مقر آخر ، أو احتاج الى مال ، أو وقع بينه وبين اعضاء الأسرة خلاف لا أمل فى تسويته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

(٤) انظر آنفا فقرة ٦٤٠ .

(٥) واذا أخرج احد الشركاء نصيبه ، بعد انقضاء ستة أشهر من =

العرف الزراعى . وقد كان فى المشروع التمهيدى لنص المادة ٢/٨٥٢ مدنى عبارة فى هذا المعنى ، ولكنها حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ . ولا يوجد ما يمنع من مراعاة هذا الحكم بعد حذف مدة العبارة ، فان الحكم نفسه يتفق مع القواعد العامة (١) .

المبحث الثانى

أحكام ملكية الأسرة

٦٤٦ — نصوص قانونية :

تنص المادة ٨٥٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ — ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لأى شريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة ، الا بموافقة الشركاء جميعا » .

« ٢ — واذا تملك أجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا عليه ، فلا يكون الأجنبى شريكا فى ملكية الأسرة الا برضائه ورضاء باقى الشركاء » .

= الاعلان أو لوجود مبرر قوى فيما اذا كانت هناك مدة محددة ، فان هذا لا يعتبر قسمة للمال الشائع بين الشركاء . فيصح أن يكون اعطاء الشريك نصيبه عن طريق التجنيب ، بل يصح اعطاؤه مقابل نصيبه نقدا اذا تعذر التجنيب (انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٧ هامش ٢) .

(١) فالعرف الزراعى مثلا يقضى بوجوب انتظام جنى المحصول ، فيجب تحكيم هذا العرف فى خصوص اخراج أحد الشركاء لنصيبه فى ملكية الأسرة (محمد على عرفة فقرة ٣٥٠ ص ٤٦٨) . وقد جاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ التى حذفت النص الخاص بالعرف الزراعى ، تبريرا لهذا الحذف ، ما يأتى : « لأن العرف الذى يشير اليه النص لم ينشأ بعد ، وهو ان نشأ فى المستقبل فلن يكون هنالك ما يحول دون تطبيقه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٧ — وانظر آنفا فقرة ٦٤٠ ص ١٠٤٤ هامش ١) . وانظر فى هذه المسألة اسماعيل غانم فقرة ١٤١ ص ٣٢٨ هامش ١ .

وتنص المادة ٨٥٤ مدنى على ما يأتى :

« ١ — للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للادارة واحدا أو أكثر • وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشـــــترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك » •

« ٢ — ويجوز عزل المدير بالطريقة التى عين بها ولو اتفق على غير ذلك ، كما يجوز للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أى شريك اذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل » •

وتنص المادة ٨٥٥ مدنى على ما يأتى :

« فيما عدا الأحكام الســابقة ، تنطبق قواعد الملكيــة الشــائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة » (١) •

---

(١) تاريخ النصوص :

م ٨٥٣ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا ان العبارة الأخيرة من الفقرة الثــانية فى المشروع التمهيــدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « فلا يشترك الأجنبى فى ملكية الأسرة الا برضائه ورضـــــاء باقى الشركاء » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٢ . وفى لجنــة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « فلا يكون الأجنبى شريكا فى ملكيــة الأسرة » ، بعبارة « فلا يشترك الأجنبى فى ملكية الأسرة » ، وجاء فى تقرير اللجنـــة تبريرا لهذا التعديل « ان المراد هو نفى صفة الشريك عن الأجنبى ، والتعديل يجعل هذا المعنى أوضح » . واقرت اللجنة النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٥٣ ، ثم اقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٧ — ص ١٤٩) .

م ٨٥٤ ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٥ من المشروع التمهيــدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيمـــا عدا ان الفقرة الأولى من المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « ... وللمدير ان يدخل على ملكية الأسرة من التغييرات ومن التعديل فى الغرض .. » . ووافقت لجنة المراجعـــة على النص تحت رقم ٩٢٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٣ . وفى لجنة مجلس الشيوخ رؤى الاقتصار بالنسبة الى سلطة المدير على التغيير فى الغرض الذى اعد له =

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المواد ٨٠٨ — ٨١٠ — وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٨٥٧ — ٨٥٩ — وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل — وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الكويتى لا مقابل — وفى التقنين المدنى الأردنى المواد ١٠٦٣ — ١٠٦٥ (١) .

ويؤخذ من هذه النصوص أن ملكية الأسرة هى ملكية شائعة بين عدد من أعضاء أسرة واحدة ، يملكها هؤلاء الأعضاء على الشيوع ، وليست شخصا معنويا تستند اليه هذه الملكية . وهى كملكية شائعة تخضع فى الأصل لأحكام هذه الملكية الا فيما تميزت به من أحكام وكملكية يوكل فيها الشركاء واحدا منهم ليديرها تخضع فى الأصل لأحكام الوكالة « فيما يتعلق بأعمال المدير ، والتزاماته » (٢) : سواء

= المال المشترك دون التعديل فى المال المشترك . ولذلك استبدلت عبارة « وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير » بعبارة « وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغييرات ومن التعديل » . وأقرت اللجنة النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٥٤ ، ثم اقره مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٩ — ص ١٥١) .

م ٨٥٥ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٢٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٢٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٢٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٢ — ص ١٥٤) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ٨٠٨ — ٨١٠ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٨٥٧ — ٨٥٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : لا مقابل .

التقنين المدنى الكويتى : لا مقابل .

التقنين المدنى الأردنى م ١٠٦٣ — ١٠٦٥ (مطابق) .

(٢) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٤ .

كان ذلك فى علاقة المدير بالشركاء (١) أو فى علاقته بالغير ، وذلك الا فيما تميزت به هنا أيضا من أحكام •

وتتميز أحكام ملكية الأسرة عن أحكام الشيوع العادى وعن أحكام الوكالة فى ناحيتين : ناحية تصرف الشريك فى نصيبه ، وناحية ادارة ملكية الأسرة •

٦٤٧ — تصرف الشريك فى نصيبه فى ملكية الأسرة :

يبقى نصيب الشريك شائعا فى ملكية الأسرة ، ولا يستطيع الشريك أن يطلب القسمة ما دامت هذه الملكية قائمة • وقد يبقى على هذا النحو مجبرا على البقاء فى الشيوع مدة خمس عشرة سنة اذا حدد هذا الأجل فى الاتفاق على انشاء ملكية الأسرة ، وفى هذا تختلف هذه الملكية كما قدمنا عن الشيوع العادى حيث لا يجبر الشريك على البقاء فى الشيوع أكثر من خمس سنوات •

وكما يرد هذا القيد على حق الشريك فى طلب القسمة ، يرد قيد مماثل على حق الشريك فى التصرف فى نصيبه الشائع • وقد قدمنا أن الشريك يملك اخراج نصيبه من ملكية الأسرة اذا حدد لها أجل معين بشرط أن يقوم مبرر قوى لذلك ، ويملك فيما اذا لم يحدد لملكية الأسرة أجل معين اخراج نصيبه بعد انقضاء ستة أشهر من اعلانه الشركاء برغبته فى ذلك • ونضيف الى ذلك أمرين :

أولا — انه يملك ، دون اخراج نصيبه من ملكية الأسرة ، أن

---

(١) ويترتب على ذلك ان سائر الشركاء يكونون مسئولين عما أصاب المدير من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا (م ٧١١ مدنى) ، وانهم يكونون متضامنين قبل المدير فى تنفيذ الوكالة (م ٧١٢ مدنى) ، وان على المدير اذا كان مأجورا ان يبذل فى ادارة ملكية الأسرة عناية الرجل المعتاد (م ٢/٧٠٤ مدنى) ، وعليه أن يقدم حسابا عن ادارته (م ٧٠٥ مدنى) ، وان له أن ينيب عنه غيره وتتحدد مسئوليته هو ونائبه طبقا لأحكام المادة ٧٠٨ مدنى . انظر فى ذلك محمد على عرفة فقرة ٣٥٣ .

يتصرف فى هذا النصيب (١) الى أحد الشركاء ، فيخرج هو من ملكية الأسرة وتزداد حصة الشريك المتصرف اليه فى هذه الملكية بقدر نصيب الشريك المتصرف . بل يجوز للشريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى لا لأحد الشركاء ، ولكن يشترط فى ذلك موافقة باقى الشركاء . وفى هذا ضرب من المنع من التصرف الا بموافقة الشركاء (٢) . فاذا تصرف الشريك فى نصيبه لأجنبى ، ووافق باقى الشركاء على هذا التصرف ، نفذ التصرف فى حق باقى الشركاء . وحل الأجنبى محل الشريك ، لا فى ملكية الأسرة ، بل فى نصيب الشريك الشائع . فستطيع الأجنبى اخراج هذا النصيب من ملكية الأسرة عن طريق التجنيب ، وقد يتفق الشركاء مع الأجنبى على اعطائه مقابلا من النقود . أما اذا أريد أن يحل الأجنبى أيضا محل الشريك فى ملكية الأسرة ذاتها ، فلابد فى ذلك من موافقة أخرى تصدر من باقى الشركاء ، ولابد أيضا من موافقة الأجنبى نفسه على بقاء النصيب الذى انتقل اليه فى ملكية الأسرة (٣) . وهذا

---

(١) سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا ، وسواء كان بالنزول او بالرهن او بغير ذلك من التصرفات (شفيق شحاته فى التأمين العينى طبعة ثالثة سنة ١٩٥٥ فقرة ٢٧ ص ٣١ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٣ ص ٢٠٧ هامش ١ — اسماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص ٣٢٩ — وقارن سليمان مرقس فى التأمينات العينية سنة ١٩٥١ فقرة ٢٢ ص ٢٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ ص ٢٣٩) .

(٢) ويترتب على ذلك أنه اذا باع الشريك نصيبه بغير موافقة الشركاء ، كان تصرفه باطلا ، اذ البطلان هو جزاء المنع من التصرف (م ٨٢٤ مدنى) . انظر فى هذا المعنى محمد على عرفة فقرة ٣٥١ ص ٤٦٩ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٣ ص ٢٠٨ .

(٣) ونرى من ذلك انه لابد من صدور موافقة باقى الشركاء مرتين ، مرة عند تصرف الشريف فى نصيبه لأجنبى ، ومرة أخرى عند استبقاء هذا النصيب فى ملكية الأسرة ، وبهذا تنتفى شبهة التعارض ما بين فقرتى المادة ٨٥٣ مدنى ، وقد كانت هذه الشبهة اثيرت فى لجنة مجلس الشيوخ ، اذ لاحظ احد الأعضاء « أن حكم الفقرة الثانية مناقض للحكم الوارد فى الفقرة الأولى التى تحرم على الشريك التصرف فى نصيبه لأجنبى الا بموافقة الشركاء ، بينما الفقرة الثانية يفهم منها جواز التصرف لأجنبى ، فأجيب بأن حكم الفقرة الثانية وهو حكم خاص بالشريك الذى يتصرف فى نصيبه بغير التقيد بحكم الفقرة الأولى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٤٨) . ولا شك فى =

مثل نادر لدخول أجنبى فى ملكيـــة الأسرة ، ولكنه لا يدخل ابتـــداء بل يدخل عقب تصرف أحد الشركاء فى نصيبه •

ثانيا — ان دائن الشريك يملك التنفيـــذ على نصـــيب الشريك فى ملكية الأسرة ، فاذا نفذ عليها وباعها جبرا لأحد الشركاء • اختص هذا الشريك بنصيب الشريك المنفذ عليه كما فى الفرض السابق • ولكن قد يرســـو مزاد نصيب الشريك المنفذ عليـــه على أجنبى لا على شريك ، فيصبح هذا الأجنبى هو المالك لنصيب الشريك ، وله أن يخـــرجه من ملكية الأسرة عن طريق التجنيب أو عن طريق المقابل النقدى كمـــا فى الفرض السابق أيضا • أما اذا أراد الأجنبى البقاء فى ملكية الأسرة ، فلابد هنا أيضا من موافقة باقى الشركاء على ذلك ، ويكون هذا مثـــلا نادرا آخر لدخول أجنبى فى ملكية الأسرة (١) •

٦٤٨ — ادارة ملكية الأسرة :

وتتميز ادارة ملكية الأسرة بأنه يجوز للشركاء أن يعينوا شريكـــا منهم أو أكثر لادارة هذه الملكية ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٥٤ مدنى ، كما رأينا ، فى هذا الصدد : « للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للادارة واحدا أو أكثر » • ويؤخذ

= أن الاجابة التى ادلى بها امام لجنة مجلس الشيوخ خالية من الدقـــة . والصحيح — كما جاء فى المذكرة الايضاحية — ان الأجنبى يحتاج الى موافقة باقى الشركاء فى كسب نصيب الشريك اولا ، ثم يحتـــاج الى موافقتهم مرة اخرى فى ابقاء هذا النصيب فى ملكيـــة الأسرة . انظر فى ذلك عبـــد المنعم البدراوى فقرة ١٧٣ ص ٢٠٨ — ص ٢٠٩ — اســـماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص ٣٣٠ — حسن كيرة فقرة ١٦٨ ص ٥٨٠ — ص ٥٨١ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٦٦ ص ٢٢١ — منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ ص ٢٤٠ — ص ٢٤١ — وقارن محمد على عرفة فقرة ٣٥١ ص ٤٧٠ .

(١) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصـــدد : « فاذا تملك أجنبى حصة احد الشركاء ، سواء كان ذلك فى بيع جبرى ، أو كان فى بيع اختيارى برضـاء الشريك وموافقة سائر الشركاء ، فلا يشـــترك هذا الأجنبى مع ذلك فى ملكية الأسرة الا باتفاق بينه وبين باقى الشركاء . . . والغرض من هذا التقييد ان تبقى الملكية مقصورة على أفراد الأسرة بقدر الامكان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥٣) .

من هذا النص أن من يملك تعيين المدير أو المديرين هم الشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص ، أى أغلبية الشركاء محسوبة على أساس قيمة الأنصباء ، وأن المدير أو المديرين الذين يختارهم الشركاء لابد ان يكونوا من بين الشركاء انفسهم . فلا يصح ان يكون المدير أجنبيا كما يصح ذلك فى الشيوع العادى .

وكما يعين المدير بأغلبية الشركاء على النحو السالف الذكر ، كذلك يجوز عزله بهذه الأغلبية عينها . حتى لو اتفق الشركاء على عدم جواز عزله . بل انه يجوز للمحكمة عزل المدير . دون حاجة الى أغلبية الشركاء . اذا طلب عزله احد الشركاء ووجد سبب قوى يبرر هذا العزل . كان كان المدير غير صالح لمهمته او كان غير أمين .

ومتى عين مدير من الشركاء لادارة ملكية الاسرة ، كان لهذا المدير سلطات واسعة تزيد كثيرا على سلطات المدير فى الشيوع العادى . فمدير ملكية الاسرة يملك الادارة العادية كما يملكها مدير الشيوع العادى ، ويملك فوق ذلك الادارة غير العادية ولا يملكها المدير فى الشيوع العادى . بل انه لا معقب على ادارة المدير غير العادية هنا ، وهذا بخلاف الادارة غير العادية فى الشيوع العادى فقد رأينا أن للاقلية حق الالتجاء الى القضاء (١) .

ولكن يلاحظ أنه اذا جاز لمدير ملكية الاسرة ، فى ادارته غير العادية . أن يدخل على هذه الملكية من التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال » ، الا انه ترد على سلطته هذه قيدان : (القيد الأول) انه لا يملك ادخال تعديلات فى ملكية الأسرة ذاتها بأن يبدل اموالا اخرى ببعض أموالها ، وكل مايملكه هو التعديل فى الغرض الذى أعد له المال لا التعديل فى المال ذاته (٢) .

---

(١) انظر آنفا فقرة ٥٠١ .
(٢) انظر التعديل الذى ادخلته لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الصدد آنفا فقرة ٦٤٦ ص ١٠٥٢ هامش ١ .

(والقيد الثانى) أنه يجوز للشركاء ، بالأغلبية العادية التى سبقت الاشارة اليها ، أن يقيدوا من سلطات المدير الواسعة ، سواء عند تعيينه أو بعد تعيينه ، فيقصروها مثلا على الادارة العادية ، أو يشترطوا موافقة الأغلبية على الادارة غير العادية •

وليس من الضرورى أن يعين الشركاء مديرا لملكية الأسرة ، وان كان هذا هو الطريق الأيسر • فيجوز أن يتولى الشركاء أنفسهم الادارة العادية منها وغير العادية ، ويكون كل ذلك بالأغلبية العادية المشار اليها سالفا • ولا يجوز للأقلية الاعتراض أمام المحكمة على الادارة غير العادية ، كما يصح ذلك فى الشيوع العادى (١) • وهناك رأى يذهب الى أنه اذا لم يعين مديرا لملكية الأسرة ، طبقت القواعد العامة فى ادارة الشيوع العادى ، فلا يكون للأغلبية العادية سوى القيام بأعمال الادارة العادية (٢) •

---

(١) انظر فى هذا المعنى اسماعيل غانم فقرة ١٤٢ ص ٣٢٩ — منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ ص ٢٣٨ •

(٢) محمد على عرفة فقرة ٣٥٣ — عبد المنعم البدراوى فقرة ١٧٥ — حسن كيرة فقرة ١٣٨ ص ٤٣١ •

فهـــرس

صـفحة

القسم الأول

الأشـياء المادية

والأشياء غير المادية

تمهـيد

البـاب الأول

الأشـياء المادية والحقوق التى ترد عليها

الفصل الأول ـ تقسيمات الأشياء المادية

صفحة

صـــفحة

صفحة

صـفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثانى

الأشياء غير المادية والحقوق التى ترد عليها

الفصل الأول حق المؤلف (الملكية الأدبية والفنية)

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى — حقوق أخرى على أشياء غير مادية

(الحقوق المتعلقة بالرسالة وحق المخترع)

صفحة

صفحة

القسم الثانى

حق الملكية

تمهيد

صفحة

الباب الأول

حق الملكية بوجه عام

نطاقه ووسائل حمايته

الفصل الأول — حق الملكية بوجه عام

صفحة

صــفحة

صفحة

صـــفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثانى

القيود التى ترد على حق الملكية

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

الباب الثالث

الملكية الشائعة

الفصل الاول — الملكية الشائعة بوجه عام

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

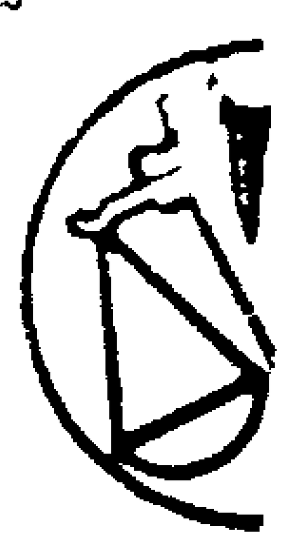
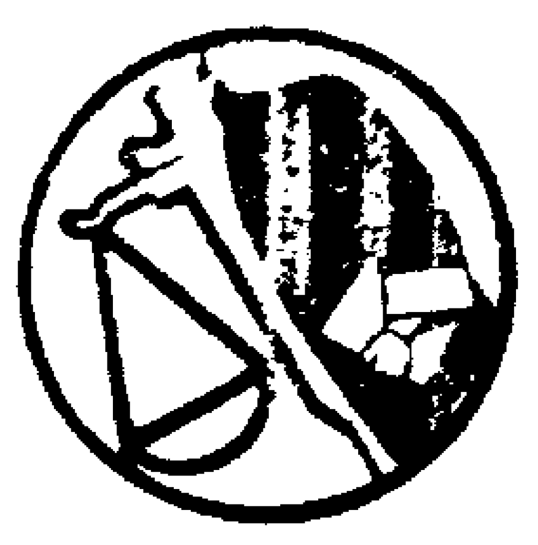
صفحة

صفحة

رقم الايداع
١٩٩١ / ٥٦٣٥

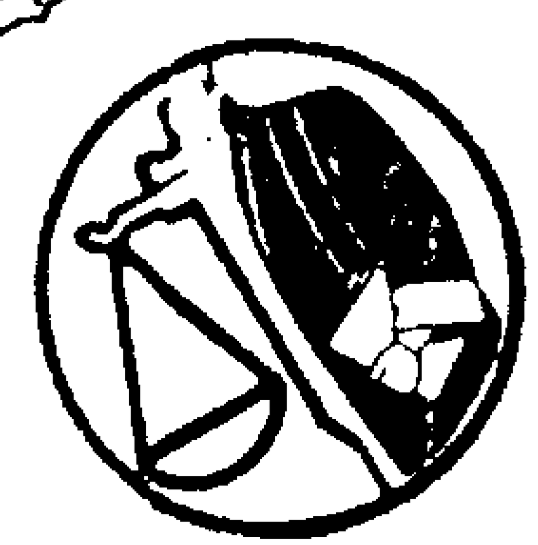
مؤسسة
الرسالة

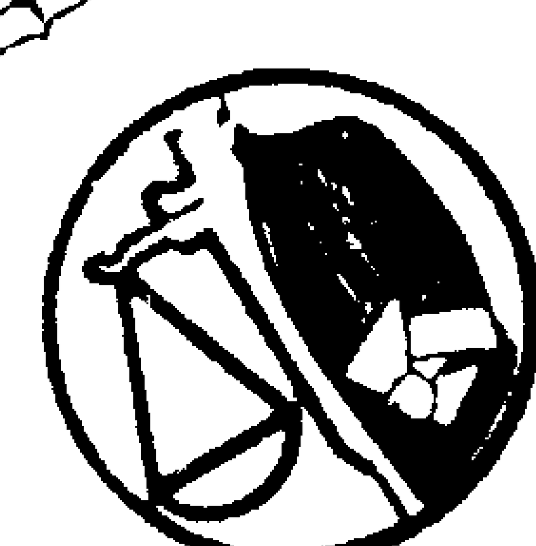






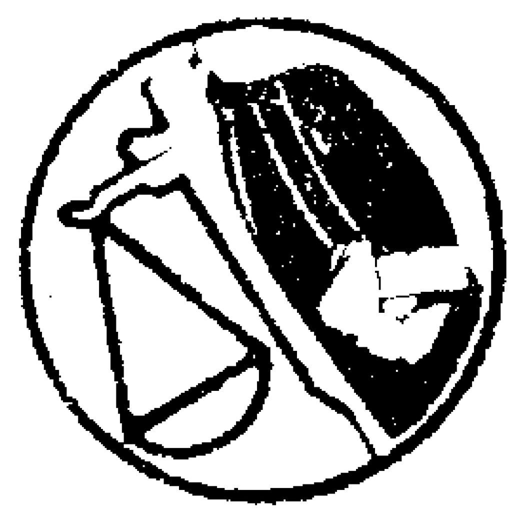




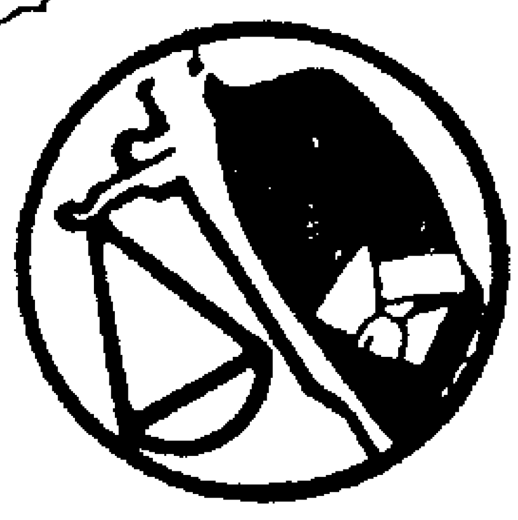













نقابة المحامين
لجنة المكتبة والفكر القانوني
مكتبة المحامي


Bibliotheca Alexandrina
05666978
